No. 1 2009

Revista Ecuatoriana de ARBITRAJE

Alberto Zuleta
Alfredo Bullard G.
Alvaro Galindo Cardona
Dyalá Jiménez Figueres
Edgar Neira Orellana
Eduardo Silva Romero
Eduardo Zuleta
Felipe Cuberos
Fernando Cantuarias S.
Guido Santiago Tawil
Íñigo Salvador Crespo
Ignacio J. Minorini Lima
Jonathan Hamilton
Juan Pablo Aguilar Andrade
Javier Robalino Orellana
Pedro Martínez-Fraga
Raúl B. Mañón

SOBRE LAS MATERIAS ARBITRABLES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Juan Pablo Aguilar Andrade

Se me ocurre que el origen de los problemas que enfrentamos al tratar sobre las materias arbitrables en el ámbito de Derecho Administrativo, proceden de dos enfoques distintos que, por unilaterales, acaban siendo caras opuestas de una misma medalla: de un lado, la creencia en que las instituciones del Derecho Privado no admiten más lógicas que las propias del Derecho Privado; del otro, la autonomía del Derecho Administrativo entendida como la creación de un espacio cerrado y autosuficiente, que no admite la intromisión de otras disciplinas jurídicas.

La diferencia de enfoques no impide llegar a resultados comunes, como se puede ver con claridad en el ámbito de la contratación administrativa. Así como desde las nociones clásicas de igualdad y autonomía de la voluntad, se niega la posibilidad de que existan contratos administrativos distintos de los de Derecho Privado, en el campo del Derecho Administrativo se desarrollaron teorías que consideraban la posibilidad de contratar como un inaceptable desconocimiento de que la administración actúa por medio de órdenes unilaterales, no de acuerdos de voluntad[1].

En materia de arbitraje, si bien se ha generalizado su aceptación como instrumento para solucionar controversias en las que interviene la administración, muchos administrativistas no entienden sus particularidades y lo siguen viendo con recelo y,

1. Sobre las doctrinas del Derecho Administrativo que niegan la existencia de los contratos administrativos puede verse Héctor Jorge Escola, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1977, tomo I, pp. 34-40.

desde el campo de los civilistas, se pretende aplicar a la administración el mismo aparato doctrinal que se utiliza en el arbitraje privado.

Esto último es menos una invasión deliberada, que la necesidad de cubrir los espacios abandonados por el Derecho Administrativo. En efecto, para este último el arbitraje sigue siendo una institución extraña, casi un intruso al que no queda más remedio que aceptar porque así es el tiempo que nos ha tocado vivir; los administrativistas, tan pronto como limitan el espacio que le asignan al arbitraje, abandonan el campo y lo dejan en manos del Derecho Privado, renunciando así a entender la institución desde el punto de vista de lo público.

Una buena muestra de ello es la forma en que se trata un concepto que en el Derecho Privado resulta fundamental a la hora de establecer qué materias pueden ser objeto de arbitraje: la transigibilidad.

Transigibilidad

Para que una materia pueda ser sometida a arbitraje es necesario que sea transigible, esto es, que verse sobre derechos de los que su titular pueda disponer libremente[2]. Esta exigencia, plenamente explicable en el ámbito del Derecho Civil, se ha trasladado sin más al Derecho Administrativo[3] a partir de la idea de que los conceptos de transigibilidad y de no transigibilidad, se relacionan con el de potestad reglada y el de potestad discrecional.

2. En el caso ecuatoriano, esta exigencia se establece en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006: "Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir ...". Hay legislaciones, sin embargo, para las que el criterio de arbitrabilidad se relaciona con el contenido patrimonial de la materia.
3. Véase, por ejemplo, Juan Manuel Trayter, "El arbitraje de Derecho Administrativo", en Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, número 143, mayo-agosto 1997, p. 95; Allan R. Brewer-Carías, Contratos administrativos, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 268; Jorge Dussán Hitscherich, Elementos del contrato estatal, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005, p. 208; Antonio J. Pérez y Efraín Pérez, Manual de contratos del Estado, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 326.

Me referiré más adelante a esto último; por lo pronto me quedo con el concepto de transigibilidad, cuyo uso en el ámbito de la administración pública debe matizarse a partir del principio de legalidad, que establece una diferencia de fondo que debería ser tomada en cuenta: los órganos administrativos no son titulares de derechos, ejercen competencias.

En efecto, la administración no obra libremente sino que está sometida a la legalidad, actúa solo en la medida en que una norma les autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino *"de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido"*[4]; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma y, como tal, *"obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado"*[5].

Mientras los particulares, en ejercicio de la autonomía que les es propia, pueden disponer libremente de sus derechos en la medida en que no exista prohibición expresa para ello[6], los órganos administrativos no tienen intereses individuales, sino que actúan en consideración al interés de la comunidad.

> Los rasgos que configuran los derechos subjetivos se distinguen de las notas características de las potestades de que están investidas las Administraciones Públicas ... El contenido de los derechos subjetivos se descompone en "facultades" ..., que como su propio nombre indica son de ejercicio voluntario o facultativo ...
>
> A diferencia de los derechos subjetivos que son renunciables y transmisibles porque satisfacen intereses de su titular, las potestades son intransmisibles e irrenunciables porque están orientadas a satisfacer el interés ajeno (en el caso que aquí importa las potestades administrativas no satisfacen intereses particulares de la

4. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2001, tomo I, p. 441.
5. Tomás R. Fernández, De la arbitrariedad de la administración, Madrid, Civitas, 2002, p. 89.
6. El Código Civil ecuatoriano expresa esta regla en su artículo 11: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".

propia Administración Pública, sino que tienen por finalidad satisfacer los intereses de los ciudadanos o intereses generales). Las potestades con un título fiduciario en beneficio de un tercero, y por ello son de obligado ejercicio.[7]

Siendo esto así, la capacidad de transigir y, con ella, la de pactar un arbitraje, es entre los privados la regla: todo es transigible, todo puede ser objeto de arbitraje, salvo prohibición expresa. En el caso de la administración ocurre exactamente lo contrario: la posibilidad de transigir o de pactar un arbitraje está supeditada necesariamente a la existencia de una expresa autorización legislativa.

El carácter convencional del arbitraje desaparece cuando se trata de órganos administrativos; es evidente que para estos últimos es también necesario un convenio arbitral, pero éste no se deriva de la mera voluntad del titular del órgano sino de la existencia de una habilitación legislativa.

En consecuencia, cuando se trata de la administración, lo arbitrable no tiene que ver con aquello de lo cual se pueda disponer libremente, con la transigibilidad, sino con la existencia de una potestad expresamente conferida por la ley.

Discrecionalidad

Las potestades discrecionales son el elemento que ha permitido dar sustento a la idea de transigibilidad en el Derecho Administrativo, a partir de identificar lo discrecional con lo disponible. Como vamos a ver, tampoco esto es exacto.

Hay consenso en admitir que el ejercicio de la potestad reglada no puede ser objeto de arbitraje, lo que resulta completamente lógico si se toma en cuenta que en ese caso la adminis-

7. David Blanquer, Curso de Derecho Administrativo, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006, tomo II, p. 205.

tración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal y que admitir la pretensión de transar sería tanto como dar a las leyes el carácter de negociables. Lo mismo puede decirse de los elementos reglados de la potestad discrecional[8], como lo sostiene Juan Manuel Trayter:

> ... no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales ... en sus aspectos también reglados ... Como hemos ya señalado, una de las notas esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas deben ser «materias de libre disposición», circunstancia que no concurre en los supuestos señalados.[9]

¿Se puede considerar a la potestad discrecional como materia de libre disposición?

Aunque legislaciones como la ecuatoriana mantienen que no cabe el control judicial de actos administrativos emitidos en ejercicio de potestades discrecionales[10], la doctrina más reciente apunta a superar este punto de vista y sostiene que no hay decisiones administrativas excluidas del control judicial. La polémica entre Tomás R. Fernández, por un lado, y Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, por otro, ha definido con claridad la necesidad de terminar con la inmunidad del ejercicio de las potestades discrecionales. No está demás decir que esta polémica, como hace notar Manuel Atienza, se basa en una diferencia *"más de énfasis que propiamente teórica"*[11], pues los tres autores coinciden en la necesidad de controlar judicialmente la discrecionalidad.

8. La jurisprudencia ecuatoriana recoge de García de Enterría y Fernández el concepto de elementos reglados de la potestad discrecional y establece que éstos son, básicamente, la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para ejercerla y la finalidad específica que se ha previsto para cada caso. Gaceta Judicial, serie XVII, número 9, p. 2966.
9. Juan Manuel Trayter, op.cit., p. 95.
10. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968, art. 6: "No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa: a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración ..."
11. Manuel Atienza, Cuestiones judiciales, México, Fontamara, 2004, p. 53.

Esto porque lo discrecional no puede entenderse, a riesgo de convertirse en arbitrariedad, como libertad del titular del órgano administrativo para hacer lo que le parezca. En efecto, la ley, cuando asigna potestades discrecionales, no da manos libres a la administración sino que le permite optar por el camino que considere más adecuado para satisfacer los intereses colectivos. Es esto último lo que debe justificarse y, para ello, resulta esencial la motivación. Lo no motivado, dice Fernández, se convierte en arbitrario[12].

> El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado ...[13]

La decisión administrativa, entonces, no es una mera expresión de voluntad ni un simple querer del titular del órgano; solo se justifica si tiene como antecedente una evaluación detallada de razones y circunstancias, si se justifica como necesaria para el cumplimiento de los fines de orden público a los que se dirige.

La discrecionalidad, entonces, no implica capacidad para disponer libremente sobre el ejercicio de la potestad, sino la existencia de "cierto margen de apreciación" que permite analizar opciones pero que, en definitiva, debe concretarse en una decisión que se justifique como necesaria para el interés colectivo. Ese interés colectivo no es transable; en consecuencia, la decisión se justifica en función de fines de orden público y negociarla sería tanto como negociar esos fines.

Parece, entonces, que la supuesta identificación entre lo transigible y lo discrecional, no existe y, por ende, las declaraciones unilaterales de la administración no pueden considerarse como materia susceptible de someterse al arbitraje.

12. Tomás R. Fernández, op. cit., p. 87.
13. Tomás R. Fernández, op. cit., pp. 88-89.

CONVENCIONES

Los órganos de la administración no actúan únicamente por medio de actos unilaterales, sino que llegan a acuerdos con otros órganos administrativos o con personas de derecho privado, utilizando para el efecto distintas figuras convencionales o contractuales.

Así como la declaración unilateral de voluntad es la institución jurídica central del Derecho Administrativo, la convención lo es del Derecho Privado, en la medida en que se convierte en el único medio para generar relaciones jurídicas entre personas libres e iguales. No han faltado autores que han sostenido que la administración solo puede obrar por medio de actos unilaterales y no puede recurrir a las convenciones[14], pero en la actualidad es generalmente aceptada la idea de que la administración puede utilizar figuras propias del Derecho Privado, sin que ello afecte sus potestades ni cuestione los fundamentos del Derecho Administrativo.

En los países que han asumido como propia la cultura del régimen administrativo, el reconocimiento de que la Administración se somete a un derecho distinto al de los particulares, que gira alrededor de las prerrogativas de orden público, no ha impedido que *"amplios sectores de la acción administrativa"* puedan *"ser abandonados al derecho común"*[15].

Cuando la Administración expresa su voluntad por medio de convenciones, utiliza un instrumento propio del Derecho Privado y, sobre todo, no se impone unilateralmente sino que fija de común acuerdo las condiciones de la relación[16]. Siendo

14. Según Otto Mayer, "el Estado sólo puede actuar unilateralmente, por medio de actos administrativos, y ... los actos de sumisión de los particulares, con su consentimiento, si bien se denominan contratos, or su estructura jurídica no son tales, usándose la designación de contratos de derecho público, sólo para distinguirlos de los contratos civiles, con los cuales guardan cierta similitud aparente", Héctor Jorge Escola, op.cit., p. 34.
15. Jean Rivero, Páginas de Derecho Administrativo, Bogotá, Temis - Universidad del Rosario, 2002, p. 190.
16. El hecho de que los contratos que celebra la Administración sean, por lo general, contratos de adhesión, no impide que los términos de la relación contractual se definan, no solo a partir de las reglas establecidas por el sector público, sino también conforme las condiciones planteadas en las ofertas presentadas por los contratistas.

esto así, no hay razón para que los conflictos que puedan surgir de esta relación convencional no puedan solucionarse recurriendo a otro instrumento propio del Derecho Privado: el arbitraje.

El campo de las convenciones se convierte así, para usar las palabras de Juan Manuel Trayter, en *"el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje"*[17], precisamente porque se abre un espacio de negociación que permite a la Administración, por medio de instrumentos propios del Derecho Privado, convenir con los particulares las condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los fines públicos.

Cuando contrata, la administración renuncia a la imposición unilateral de su voluntad y consigue sus objetivos en acuerdo con los particulares[18] y, al hacerlo, genera relaciones de contenido patrimonial. La combinación del contenido patrimonial, la intervención de los particulares y la utilización de *"la figura par excellence del Derecho Privado"*[19], el contrato, es lo que convierte al arbitraje en una posibilidad para solucionar controversias relacionadas con ese contenido patrimonial.

AUTOTUTELA

Jaime Vidal Perdomo califica al Derecho Administrativo como un derecho de frontera por los espacios que comparte con otras ramas jurídicas, espacios que generan áreas conflictivas como las que pueden encontrarse a lo largo de la extensa frontera con el Derecho Privado, que carece de la nitidez suficiente

17. Juan Manuel Trayter, op.cit., p. 95. La posibilidad de que las controversias contractuales de la Administración se resuelvan por medio del arbitraje se admite en varios países, a partir de expresas autorizaciones legislativas. En el Ecuador, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006) y el artículo 104 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008); en Colombia, el artículo 70 de la Ley 80 de 1993; en el Perú, el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
18. "... el Estado no está obligado a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares. En algunas ocasiones puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes o servicios personales". El texto pertenece a Fraga, citado por Héctor Jorge Escola, op. cit., p. 31.
19. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 672.

como para establecer límites claros, especialmente en los terrenos ocupados por instituciones compartidas[20].

Uno de esos terrenos es el de los actos convencionales, precisamente porque implican la utilización de una figura propia del Derecho Privado para los fines de la administración. Que esta última goza de prerrogativas para hacer prevalecer el interés general frente a los intereses del contratista, es algo generalmente aceptado; no es claro, sin embargo, hasta qué punto esas prerrogativas afectan las reglas propias de la contratación entre particulares. Este es un problema de particular importancia cuando se trata del arbitraje. Susana Montes de Echeverri, al analizar la posición que la jurisprudencia colombiana ha adoptado sobre la materia, comenta:

> ... es claro que la actuación de la Administración dentro de una relación contractual tiene una naturaleza distinta a aquella que cumple cuando actúa en función de imperio. En este caso, tiene un comportamiento similar al del particular dentro de la relación contractual, aun cuando tenga prerrogativas especiales. Así, según mi opinión, todas las manifestaciones de voluntad de la Administración en un contrato estatal pueden ser analizadas y juzgadas por el juez arbitral.[21]

No cabe duda que, al contratar, el comportamiento de la Administración es similar al de los particulares; esto, sin embargo, no hace que deje de ser Administración ni impide que las prerrogativas especiales que se le reconocen modifiquen o, para usar la expresión de García de Enterría y Fernández, modulen la institución contractual[22].

La pretensión de que el contrato administrativo sea sustancialmente diferente al contrato de Derecho Privado, no puede sostenerse. Los llamados contratos administrativos son también

20. Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Bogotá, Legis, 2008, pp. 5 y 8.
21. Susana Montes de Echeverri, "La solución de controversias contractuales por la vía arbitral", en Revista de Derecho Público, Bogotá, Universidad de Los Andes, número 14, junio de 2002, p. 141.
22. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 681.

contratos y su aplicación al ámbito del Derecho Administrativo no tiene por qué *"comportar un régimen institucional radicalmente diferente"*[23]. Pero eso no implica que la presencia de la Administración no introduzca en los contratos ciertas notas características que se derivan *"de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela"*[24].

La Administración, en la medida en que representa el interés colectivo, debe estar en capacidad para hacerlo prevalecer frente a los intereses particulares. El privilegio de autotutela le permite hacerlo, en la medida en que le capacita *"como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial"*[25].

No hay razón para que la autotutela no se exprese en el ámbito de las declaraciones de voluntad común celebradas entre la Administración y los particulares. Ese es el origen de las cláusulas exorbitantes, que se consideran como característica propia de los contratos administrativos y que, pese a su nombre, no tienen origen contractual sino que derivan, precisamente, de las potestades generales de autotutela de la Administración.

Estas potestades se ejercen por medio de declaraciones unilaterales de voluntad. Ellas nos sacan, entonces, del campo de lo convencional, y nos devuelven al mundo de los actos de autoridad.

Parece claro, a partir de ésto, que la contratación administrativa suma, a los elementos propios de todo contrato, la posibilidad que la administración tiene de intervenir, en ejercicio de su autoridad, para la preservación del interés colectivo. Demás está decir que esta intervención es posible únicamente cuando haya una norma legal que la autorice.

23. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 680.
24. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 683.
25. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., tomo I, p. 505.

La posibilidad de arbitraje, que hemos identificado para el caso de los actos convencionales, se limita según lo dicho a todo aquello que no tenga que ver con el ejercicio de potestades públicas que puedan afectar la ejecución contractual, potestades que son extracontractuales y que no tienen que ver con el acuerdo entre las partes, sino con el ejercicio del poder público.

La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha sido muy clara en relación con este punto:

> ... si bien es factible que las partes de un contrato –en donde una de ellas sea una entidad del Estado–, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes.[26]

Ésto debe entenderse en relación con los actos de la administración como tales, y no con sus consecuencias patrimoniales:

> ... la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por tanto, no puede someterse a decisión de los árbitros; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión del juez arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no

26. Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de febrero de 2000, caso Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra, reproducida en Miguel González Rodriguez, El contencioso contractual, Universidad Libre de Colombia, 2004, p. 317.

hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración.[27]

ARBITRABILIDAD

Para terminar, conviene volver a la idea de transigibilidad. Su utilización en el ámbito del Derecho Administrativo muestra que no puede aplicarse cuando se trata de declaraciones unilaterales de voluntad, ya sea que éstas se originen en el ejercicio de potestades regladas o de potestades discrecionales.

En el primer caso, los órganos administrativos se limitan a actuar conforme un expreso mandato legal que en ningún caso puede considerarse transigible. En el segundo, la opción escogida debe justificarse como necesaria para la satisfacción de intereses colectivos que, como tales, tampoco pueden ser negociables.

La posibilidad de arbitraje existe únicamente en los casos en que, acudiendo a instituciones propias del Derecho Privado, la administración fija, en acuerdo con los particulares, las reglas que regirán sus relaciones comunes. La base de la relación no es, en este caso, la orden unilateral de autoridad sino el convenio entre las partes; la transigibilidad está entonces presente y abre la puerta a la arbitrabilidad.

Ésto, sin embargo, no deja de lado que la administración puede intervenir en los contratos que celebra para, en ejercicio de sus poderes de autotutela, proteger el interés público. En ese caso, sin embargo, nos encontramos frente a declaraciones unilaterales de voluntad que no tienen origen contractual y, en esa medida, no pueden ser sometidas a arbitraje.

Quito, mayo de 2008

27. Daniel Posse Velázquez, "Restricciones a las entidades estatales colombianas para acudir al arbitraje internacional", en Fernando Mantilla Serrano (coordinador), Arbitraje internacional. Tensiones actuales Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2007, p. 105. El autor, en este punto, resume el contenido de una sentencia del Consejo de Estado colombiano de 8 de junio de 2000 (exp. 16973).

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN: UNA BREVE APROXIMACIÓN

Dr. Javier Robalino Orellana[1]

Extracto

Este trabajo aborda el concepto del contrato administrativo como una forma jurídica propia del derecho administrativo de origen europeo continental y su relación con el derecho internacional de la inversión, y analiza algunas instituciones de éste derecho supranacional que pueden ser aplicadas al contrato administrativo o a ciertas instituciones propias del derecho administrativo.

1. Introducción

La situación actual de los contratos administrativos en muchos países de Latinoamérica se ha desarrollado de manera tal que los contratistas locales y extranjeros se han visto afectados en sus derechos contractuales, lo cual les ha requerido, ante la ineficiencia o ausencia de los mecanismos domésticos, acudir al derecho internacional.[2]

1. Profesor y Coordinador del Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Miembro del Consejo Académico de la Cremades Calvo & Sotelo, Madrid, España, Profesor visitante del Postgrado de Derecho de la Energía de la Universidad Carlos III de Madrid, Socio de Pérez Bustamante & Ponce y Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Fue asociado internacional para King & Spalding, Houston, Texas. Doctor en Jurisprudencia, master en Derecho Internacional en Duke University y abogado.
2. *Véase* Doak Bishop *et. al, Foreign Investment Disputes*, Ed. Kluwer Law, 2005, pp. 1-13.

La aplicación del derecho internacional a los contratos administrativos se realiza a dos niveles. El primero de ellos se produce cuando el derecho internacional se ejerce en las relaciones jurídicas contractuales locales y ante los jueces o funcionarios administrativos del estado involucrado, por su introducción en el ordenamiento jurídico doméstico.[3] El segundo nivel se presenta cuando el derecho internacional se aplica internacionalmente, ante tribunales internacionales, en la capacidad misma del Estado como sujeto del derecho internacional público, mas no como la mera Administración Pública interna. Estos dos niveles pueden verse combinados eventualmente cuando las relaciones contractuales y la solución de disputas envuelven actuaciones domésticas e internacionales, cuando se discute la supremacía de las normas domésticas *vis-à-vis* las normas internacionales o cuando existe una controversia sobre la jurisdicción de una cierta controversia de origen contractual.

Sin embargo, la aplicación del derecho internacional, en cualquiera de los niveles antes indicados, produce conflictos y problemas en los países que se ven sujetos al derecho internacional y que se han sometido al mismo. Este tema tiene particular relevancia cuando los contratos administrativos involucran proyectos de importancia nacional, situación que se ve agravada cuando los gobiernos afrontan crisis que afectan la estabilidad y equilibrio de dichos contratos, o cuando los mismos, por razones internas, son terminados y los activos e inversiones, revertidos a favor del Estado. A continuación trataremos de hacer una aproximación a esta problemática. Para el efecto, comenzaremos por analizar la naturaleza del contrato administrativo, para luego movernos hacia los principios del derecho internacional que, en determinadas circunstancias, tienen ingerencia en los contratos administrativos.

3. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo,* 8va ed., Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As, 2003, p. V-2 a V-22. El autor le da al derecho internacional el carácter de fuente del derecho administrativo y del derecho doméstico, bajo el concepto de supranacionalidad. Gordillo afirma con acierto que el "*derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (ius cogens) sobre el derecho interno, ahora empieza a admitirlo el derecho interno ante la presión internacional, Más aún, nuestros tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras autorizan al inversor a someter sus diferendos a un tribunal arbitral internacional*".

2. Elementos relevantes del contrato administrativo

Cabe indicar que el contrato administrativo es una producción jurídica de los estados en los que el derecho administrativo se ha desarrollado como una rama independiente del derecho, como son Alemania, Francia, Italia, Argentina, México o España y de los países que han seguido su ejemplo, mas no se encuentra esta forma contractual en los países del sistema anglosajón. Por lo tanto, este análisis se limita a aquellos países que siguen la vertiente jurídica franco-continental, y en los que además, el derecho administrativo se ha desarrollado de manera en que se distingue el contrato común del contrato administrativo.

El contrato administrativo es una manifestación bilateral de voluntad, en la que al menos una de las partes se encuentra revestida de o ejerce una potestad administrativa, y que es por lo tanto, productora de efectos jurídicos.[4] Esta definición requiere ser desglosada con el ánimo de comprender cada uno de sus elementos.

Una parte del contrato administrativo, el Estado o su personificación interna la Administración Pública, comporta relevancia esencial para efectos de este debate, pues vincula al Estado a dicha relación. Esta vinculación del Estado constituye el antecedente esencial que permite la aplicación del derecho internacional de la inversión al contrato administrativo debido a la presencia del Estado, el que a su vez, se convierte en sujeto de una relación internacional, como veremos en detalle más adelante.

Id. p. VI-4. Posteriormente el mismo autor afirma sobre el derecho internacional que "*estas normas y principios jurídicos constituyen no solamente derecho supranacional sino también al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en ellos... La Convención y otras normas supranacionales tienen asi el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de cumplirlas y ejecutarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso*" *Id.*, p. VI-18 VI-19.

4. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, 2002, pp. 474-477.

El otro elemento del contrato administrativo es la presencia del Estado, ejerciendo una potestad administrativa, lo cual lo califica como tal, es decir, como un contrato administrativo, y lo distingue de otros contratos (*v.g.* contratos civiles, comerciales, laborales, etc., en los que también participa el Estado, pero sin ejercer potestades administrativas) que puede suscribir la Administración, y por lo tanto, lo somete al derecho administrativo. Sometido al derecho administrativo, el contrato administrativo se rige por el marco legal propio de esta rama del derecho. La pregunta es si es posible que el derecho administrativo se vea desplazado por otra rama del derecho en lo que se refiere al contrato administrativo propiamente dicho.

El contrato administrativo, como muchas manifestaciones la voluntad, y siendo como es una relación sinalagmática, aunque revestida de ciertas particularidades e incluso cláusulas exhorbitantes, es evidentemente productora de efectos jurídicos, es decir, derechos y obligaciones para el Estado y el contratista. Dichos efectos provienen del principio de responsabilidad estatal y no se limitan al derecho administrativo, y se pueden extender a otras esferas, como el derecho internacional, a las que el propio Estado se ha sometido legítimamente.

Los contratos administrativos son de varios tipos y comprenden distintas actividades. Estos podrán referirse a la delegación o concesión de actividades reservadas al Estado como la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, energía, transporte, y otros. Los contratos administrativos también pueden referirse a actividades como la exploración y explotación de recursos naturales, minerales o forestales, o a la prestación de servicios o venta de bienes. En sus diversas formas, el contrato administrativo se forma, suscribe, ejecuta y liquida bajo normas públicas administrativas, las que generalmente son muy desarrolladas y vienen acompañadas de reglamentos y regulaciones. En este punto, encontraremos una seria diferencia con el derecho internacional, el que no sólo es menos desarrollado en normas secundarias, sino que además regula y protege valores

más generales antes que específicos como aquellos regulados por el derecho administrativo.

Adicionalmente, el contrato administrativo es peculiar en cuanto es un medio para el desarrollo de una actividad pública y en algunos casos, reservada al Estado, el que decide delegarla a un sujeto particular. Sin embargo, la naturaleza de esa actividad lleva implícita la presencia de valores superiores como el bien común, el progreso, el desarrollo y la solidaridad del servicio público. Estos valores constituyen el sustento para que el Estado pueda tener una posición predominante sobre el contratista.

Más aún, el contrato administrativo se satisface con recursos públicos o puede permitir el uso de recursos públicos, los que *ab initio* están sujetos al derecho administrativo y a las normas y principios de la hacienda pública, lo cual, particulariza al contrato administrativo desde el procedimiento precontractual en el que se configura su voluntad, pasando por su ejecución y concluyendo en la liquidación del mismo. Por lo tanto, si bien el contrato administrativo puede tener algunas semejanzas con respecto del contrato civil o comercial, su formación, desarrollo y terminación tienen sustanciales diferencias con las de aquel.

3. Los contratos administrativos y la resolución de sus controversias

Como se ha indicado antes, los contratos administrativos se encuentran generalmente sometidos a las normas del derecho administrativo, y por lo tanto, las controversias derivadas de ellos en los países de tradición continental, son sometidas comúnmente a una jurisdicción especializada para estos contratos, generalmente asignada a los tribunales de lo contencioso administrativo[5]. Dichos tribunales conocen las disputas relacio-

5. En la mayoría de países latinoamericanos y europeos se ha establecido la jurisdicción contencioso administrativo o se ha seguido el modelo del Consejo de Estado francés, como órgano revisor de las actuaciones del Estado.

nadas a tales contratos, así como otras controversias relativas a manifestaciones de la voluntad administrativa (e.g. actos administrativos, reglamentos o hechos administrativos). Estos tribunales especializados conocen de los contratos administrativos y resuelven las disputas relativas a los mismos, permitiendo generalmente una revisión de sus sentencias en la propia sede o ante un tribunal superior.[6]

Otra jurisdicción aplicable a los contratos administrativos es aquella de naturaleza convencional, es decir, el arbitraje. Muchos países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos leyes domésticas que permiten la resolución de controversias entre el Estado y un contratista, y más aún, que permiten la resolución de controversias provenientes y originadas en contratos administrativos. Por lo tanto, las controversias derivadas de contratos administrativos pueden también someterse al arbitraje local.

Una tercera jurisdicción aplicable a los contratos administrativos es la del arbitraje internacional, el cual también puede pactarse entre el Estado y un contratista privado. De manera particular, la Convención de Washington[7] estableció el Centro Internacional para la Solución de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI), y es común que las partes de un contrato establezcan una cláusula arbitral que someta las controversias de un contrato administrativo al CIADI[8]. Otros foros o procedimientos de arbitraje internacional que suelen pactarse en contra-

6. Sin embargo, existen casos como el de Chile, que no han adoptado aún los tribunales de lo contencioso administrativo o similares. Sin embargo, incluso en esos casos, existen procedimientos especiales ante jueces ordinarios para resolver las controversias derivadas de dichos contratos. Ese también era el caso de Ecuador antes de la expedición de la Ley de Modernización del Estado de 1993 que remitió los contratos administrativos a los tribunales de lo contencioso administrativo.
7. También denominada Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones que tiene 143 países suscriptores que la han ratificado a la fecha. *Véase* http://www.worldbank.org/icsid/.
8. La Convención de Washington establece que para que se aplique el arbitraje del CIADI, el Estado y el Estado del inversionista deben ser partes de la Convención. Sin embargo, el CIADI también tiene un arbitraje, bajo las normas de la Facilidad Adicional, en el que solo se requiere que una de las partes sea contratante de la Convención. Muchos de los casos NAFTA han sido sometidos bajo la Facilidad Adicional, ya que ni Canadá ni México son parte de la Convención de Washington. *Véase* http://www.worldbank.org/icsid/.

tos administrativos cuando la legislación doméstica lo permite son la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) o UNCITRAL.[9] En estos casos, generalmente la ley aplicable y sobre la que deberán emitir su opinión los árbitros es la ley del Estado, es decir, el derecho doméstico, aunque el foro o procedimiento sea internacional. En otras palabras, la ley sustantiva de estos arbitrajes es el derecho doméstico del Estado contratante, pero dentro de un procedimiento internacional.

4. Principales conceptos del derecho internacional aplicables a los contratos administrativos

Las esferas del derecho administrativo e internacional son diferentes. Sus fuentes, áreas y límites difieren. Sin embargo, trataremos de considerar a cada una de esas ramas como un conjunto de normas, a las que mediante un diagrama de Venn imaginario, intentaremos superponer parcialmente, determinando los casos de tal superposición.

El derecho internacional público ha sido generalmente concebido como una rama del derecho, en la que las partes de cualquier disputa eran exclusivamente los estados soberanos. En el siglo XX se establece la primera corte internacional dedicada a la resolución de controversias entre estados que fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, que luego de la Segunda Guerra Mundial es reemplazada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). El Estatuto de la CIJ establece claramente que su competencia se limita a las controversias entre estados y no se extiende, de manera alguna, a los sujetos particulares. Otras cortes similares a la CIJ se han establecido como es el caso de la Organización Mundial de Comercio, cuyo mecanismo de solución de controversias es privativo para los estados soberanos.

9. Se refiere a la "United nations commission of International Trade Law"l (UNCITRAL), que establece solo un procedimiento *ad-hoc* de arbitraje y no establece un centro arbitral como son CIADI o CCI.

Sin embargo, el derecho internacional público ha dado un paso importante al permitir que sujetos particulares –no soberanos-, puedan acceder a la justicia internacional, ampliando el ámbito del derecho internacional de uno solo para los estados, a un derecho más dinámico en el que los particulares pueden exigir determinados derechos de manera directa a los estados. A continuación algunos ejemplos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente para conocer reclamos de particulares sobre violaciones a los derechos humanos.[10] Asimismo, el Tribunal Andino de Justicia con sede en Quito, Ecuador, y creado por la Comunidad Andina de Naciones, también puede conocer ciertas demandas de particulares en contra de los estados miembros, como expresamente lo dispone su estatuto de creación.[11] Igualmente, la Corte Europea de Derechos Humanos es también competente para conocer los reclamos de particulares por violaciones de derechos humanos.

La evolución del derecho internacional, originalmente motivada por la protección de derechos humanos y de ciertas garantías básicas, es el precursor jurídico que da paso a lo que se podría denominar actualmente el derecho internacional de la inversión que está dentro del derecho internacional público, en el cual, los particulares inversionistas están protegidos y pueden reclamar directamente a un estado receptor de la inversión. Esta rama del derecho internacional público se origina en los denominados acuerdos de comercio, amistad y navegación.[12] Sin embar-

10. Creada por mandato de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
11. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ("TJCA") es un ente creado por el convenio de creación de la Comunidad, luego reglamentado por la correspondiente Decisión del Acuerdo de Cartagena No. 472, y que contiene el TRATADO DE CREACION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. El Art. 17 dispone:
"*Art. 17.- Corresponde al* ***Tribunal declarar la nulidad*** *de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad* ***Andina, incluso por desviación de poder****, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el artículo 19 de este Tratado*".
12. En inglés denominados "*friendship, commerce and navigation treaties or FCN's*".

go, en la segunda mitad del siglo XX, dichos tratados evolucionan en una nueva modalidad conocidos como convenios o tratados bilaterales de inversión.[13] Estos últimos se producen como una respuesta política de los países desarrollados, orientada a proteger a los inversionistas en casos de nacionalización o expropiación de inversiones, particularmente, luego de la denominada época de las nacionalizaciones,[14] y se caracterizan, no sólo por permitir la acción directa de un inversionista en contra de un Estado, sino que, además, contienen varios principios propios del derecho internacional que tienen efectos en los contratos administrativos.

Actualmente, el derecho internacional público de la inversión continúa desarrollándose. Por ejemplo, los Estados Unidos de América han negociado varios tratados de libre comercio que incluyen capítulos dedicados a la inversión extranjera, o en otras palabras, incluyen un tratado de inversión dentro de un tratado de comercio. Adicionalmente, las recientes medidas adoptadas por Argentina, Venezuela, Bolivia, y Ecuador han producido una explosión de demandas de inversionistas en contra de estados latinoamericanos, muchas de ellas relativas a contratos administrativos.[15]

Para el efecto mencionaremos los principales principios o estándares del derecho internacional público de la inversión que

13. En inglés denominados "*bilateral investment treaties or BIT's*". El primero de estos es el suscrito entre Alemania y Pakistán en 1956. A la fecha existen más de 2200 tratados bilaterales de inversión suscritos y vigentes.
14. Las nacionalizaciones petroleras durante los años 1930´s y 1970's en Latinoamérica, las expropiaciones en Irán y otros eventos aceleraron el desarrollo de los tratados bilaterales de inversión.
15. *Véase* www.icsid.com. Adicionalmente, en el caso de Bolivia, el reciente decreto del señor Presidente Evo Morales denominado "Defensores del Chaco" que dispuso la nacionalización de los activos petroleros privados dará lugar a acciones internacionales en contra de Bolivia por parte de inversionistas como la brasileña Petrobrás. Tal decreto dispuso la inmediata transferencia de todos los activos a la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). Otro ejemplo reciente es el caso de la terminación unilateral (caducidad) del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos que la empresa Occidental Exploration and Production Company (OXY) por parte del Ecuador, y la inmediata interposición de una petición arbitral ante el ICSID. Por su parte, Argentina, luego de la crisis del año 2000-2001, ha recibido más demandas internacionales que cualquier otro país en la historia. Muchas de ellas resueltas y otras no, sin duda han traído el tema del derecho internacional de la inversión a una esfera local, en la que los países se envuelven en debates sustanciales sobre la vigencia de los tratados y los derechos afectados.

tienen aplicación a los contratos administrativos, o que elevan las disputas de un contrato administrativo al plano del derecho internacional. Ellos comprenden la no discriminación, la no expropiación y el trato justo y equitativo.

En términos generales, la no discriminación debe ser entendida como un tratamiento igual o no menos favorable que otorga el Estado receptor de la inversión al inversionista en comparación con el tratamiento que el mismo estado otorga a inversionistas nacionales y extranjeros. La no discriminación comprende dos sub-estándares, que son el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida[16]. En otras palabras, dicho tratamiento deber ser igual o no menos favorable que aquel que el Estado otorga a sus propios nacionales (trato nacional), y también debe ser igual o no menos favorable que el tratamiento que el Estado receptor otorga a los nacionales de otros países (cláusula de la nación más favorecida).[17] La no discriminación es uno de los denominados estándares relativos del derecho internacional de la inversión, pues su medida se realiza en función de una comparación que debe realizar el inversionista afectado de su situación particular con la de otros inversionistas nacionales o extranjeros

16. El Tratado de Protección Recíproca de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de América dispone:
"Art. 2.- 1. Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado...."
Véase también el Acuerdo GATT 1964 y los tratados de la Organización Mundial de Comercio. El trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida provienen inicialmente del derecho internacional del comercio.
17. *Id.* El mismo artículo 2 dispone:
"... a) Lo dispuesto en el presente Tratado no impedirá que las Partes mantengan o establezcan empresas estatales.
b) Cada Parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca actúen de manera compatible con las obligaciones de esa Parte en virtud del presente Tratado, cuando ejerzan cualquier facultad reguladora, administrativa o pública que le haya sido delegada por esa Parte como, por ejemplo, la facultad de expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros gravámenes.
c) Cada Parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca concedan el mejor trato, ya sea el nacional o el de la nación más favorecida, a la venta de sus bienes o servicios en el territorio de la Parte."

en similares circunstancias. Por lo tanto, habrá discriminación en la medida en que el Estado receptor otorgue al inversionista un tratamiento desigual o menos favorable en comparación con aquel otorgado a otros inversionistas nacionales o extranjeros.

La no expropiación protege la inversión de un nacional de un Estado respecto de las actuaciones del Estado receptor de la inversión que representen una exacción de la propiedad del inversionista. Al respecto, corresponde anotar que la expropiación, inicialmente desarrollada en el derecho internacional consuetudinario y luego considerada por la Corte Permanente Internacional de Justicia[18]. Recientemente, el concepto de expropiación ha sido desarrollado y ampliado, con el objetivo de establecer mayores limitaciones a la actuación de los soberanos, de manera que los actuales convenios de protección de inversión contemplan que la expropiación debe satisfacer ciertos requisitos básicos para ser posible[19], sin perjuicio de los requisitos de la ley local, aunque no totalmente desvinculada de dicha ley.

Por ejemplo, los más recientes convenios de protección de inversiones[20] requieren que la expropiación cumpla con los siguientes requisitos[21]:

18. *Véase* el caso de la Fábrica en *Chorzów*, en el cual, dicha corte determinó la existencia de una expropiación derechos intangibles o "*good will*". Caso No. 13 de la Corte Permanente Internacional de Justicia.
19. *Véase* el Modelo de Convenio de Protección Recíproca de Inversiones de los Estados Unidos de América, www.ustr.gov. *Véase* también el capítulo de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de América.
http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/asset_upload_file1_4004.pdf?ht=.
20. *Id.*
21. *Id.* Por ejemplo, el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos de América dispone:
Art. 3.- 1. Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del artículo 2. La indemnización equivaldrá al valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda utilizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento, se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente...".

(i) Se realice por razones y fines de orden público. Debe existir una necesidad pública y un fin social que satisfacer.

(ii) El inversionista reciba pronta, adecuada y efectiva compensación. Es decir, el pago del valor económico que restituya la inversión debe realizarse sin demora, por el monto justo y en moneda libremente convertible.

(iii) La compensación debe ser equivalente al valor de mercado de la inversión. Los recientes tratados de inversión han buscado codificar la costumbre internacional proveyendo criterios más claros para la valoración de la inversión, generalmente ligando la inversión a los valores de mercado, para efectos de su valoración.

Adicionalmente, el derecho internacional hace referencia a que la expropiación no puede ser ni directa ni indirecta, es decir, no puede ser de aquellas que *prima facie* constituyan una expropiación ni tampoco de aquellas que de manera oculta o simulada configuran una expropiación.[22] La doctrina ha divido las formas de expropiación en *de jure* o *de facto,* entendiendo a la primera (*de jure)* como aquella que se realiza de conformidad con la ley doméstica, y a la segunda (*de facto)* como la expropiación que se realiza fuera de la ley doméstica, y que por lo tanto, puede ser simplemente un hecho ilegal expropiatorio, o puede ser oculta o indirecta, pero con efectos expropiatorios. En ambos casos debe existir una compensación.

El tercer estándar, calificado en la doctrina como uno de aquellos absolutos, es el denominado trato justo y equitativo[23]. El trato justo y equitativo comprende el tratamiento equilibrado y transparente por parte del Estado, de manera que no afecte los derechos de los inversionistas.

22. *Id.*

23. *Id.* El Artículo 2 dispone también:
"3. a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederán un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional."

Estos estándares o principios del derecho internacional público de la inversión se han incorporado en los ordenamientos jurídicos de muchos estados soberanos y se aplican frecuentemente. Más aún, muchas leyes domésticas, denominadas leyes de inversión, han importado a las legislaciones locales los estándares antes indicados, fomentando una interacción aún mayor entre el derecho internacional y el derecho administrativo que ha recogido en muchos países estos principios del derecho internacional de la inversión, sea por mandato de los propios tratados internacionales, o por desarrollo de la legislación orientada a promover nuevas inversiones.[24]

5. Nexo entre el derecho internacional y el contrato administrativo

El nexo o vínculo entre el derecho internacional de la inversión y el derecho administrativo (y por lo tanto, en algunos casos, con el contrato administrativo) proviene de dos elementos importantes que son: (i) los conceptos de inversión e inversionista en el derecho internacional; y, (ii) la presencia del Estado como parte contractual que ejercita una o varias potestades.

Los convenios de protección de inversiones se aplican solo cuando existe una inversión y un inversionista titular de esa inversión. La inversión (*ratione materia)* se define en los convenios generalmente de una manera amplia que incluye cualquier bien tangible o intangible del inversionista, lo cual incluye derechos contractuales, concesiones, permisos o licencias, y también, los bienes materiales o activos de los inversionistas involucrados en el contrato administrativo.[25] Por lo tanto, el contrato admi-

24. Por ejemplo, paises como Argentina, México o Ecuador han adoptado legislaciones que protegen la inversión y contemplan estándares de inversión compatibles con el derecho internacional.

25. *Id. supra* nota 16. El Articulo 1 dispone:
"Art. 1.-
1. A efectos del presente tratado:
a) inversión" significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:

nistrativo es visto por el derecho internacional como una inversión, y siendo tal, el derecho administrativo podría verse supeditado o superado por el derecho internacional al momento de analizar una inversión-contrato bajo la "lupa" internacional.

Sin embargo, debe mencionarse que la "lupa" internacional puede utilizarse sea en la esfera doméstica como en la internacional, pues los países suscriptores de los convenios internacionales están también obligados a aplicar los convenios y tratados, así como sus órganos e instituciones[26], una vez que han ratificado el tratado y lo han incorporado a su ordenamiento jurídico.[27]

Junto con el concepto inversión, existe el concepto inversionista (*ratione personae)* también necesario para activar la aplicación del derecho internacional de la inversión. Si bien los tratados de inversión se suscriben entre soberanos, tales soberanos han permitido que sus nacionales o ciudadanos particulares y titulares de una inversión (inversionistas), puedan acceder a los beneficios del derecho internacional. Sin embargo, para ello deben calificarse como inversionistas, quienes comúnmente se entienden como las personas naturales o jurídicas propietarias

---

i) Los bienes corporales e incorporales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;
ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;
iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;
iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:
las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras;
los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano;
los diseños industriales;
las obras de estampado de semiconductores;
los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales; y,
v) Todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley."

26. *Véase* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
27. En el derecho internacional se distinguen los países que consideran a los tratados de ejecución directa y los países que requieren una ley de implementación del tratado. Entre los países que comúnmente requieren una ley de implementación de los tratados se encuentra los Estados Unidos de América que califica a algunos tratados como "non self-executing". Curtis Bradley, *et.al, Public International Law.*

de una inversión, y que son además nacionales o de propiedad de nacionales del otro estado parte del tratado.[28]

Una vez que existe una inversión y un inversionista, entonces puede haber lugar a la aplicación del derecho internacional de la inversión.[29] Sin embargo, como se ha indicado, el derecho internacional de la inversión se aplicará por parte de un inversionista en contra del Estado que ha sido anfitrión de la inversión o por parte del Estado en las relaciones con sus inversionistas, y sobre la base, de los principios y derechos sustantivos del derecho internacional antes mencionados. Tal aplicación envuelve necesariamente la presencia del Estado o de sujetos u órganos que actúan por cuenta del Estado. Por ejemplo, no cabe la aplicación del derecho internacional público de la inversión a una relación comercial entre el inversionista y un comerciante en el país receptor de la inversión. Se requerirá por el contrario que exista la presencia del Estado, a través de uno de los órganos que lo conforman o personifican como Administración Pública o de un delegatario del Estado[30], para que eventualmente se pueda aplicar el derecho internacional de la inversión a un contrato administrativo. Por lo tanto, la presencia del Estado (o la Administración Pública) son requisitos indispensables para la aplicación del derecho internacional de la inversión, junto, con

28. *Véase supra* nota 22. La definición de inversión hace referencia a la propiedad de una nacional del otro estado parte del tratado. El Artículo 1 del mismo tratado define:
"b) "Sociedad" de una Parte significa cualquier clase de sociedad anónima, compañia, asociación, sociedad comanditaria u otra entidad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o de una subdivisión política de la misma, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o pública;
c) "Nacional" de una Parte significa la persona natural que sea nacional de una Parte de conformidad con su legislación."

29. Generalmente los requisitos de inversión (*ratione materia*) e inversionista (*ratione personae*) se agrega un tercer requisito, que es el de tiempo (*ratizone temporis*) que usualmente determina si el reclamo en el ámbito del derecho internacional debe realizarse dentro de una determinada ventana de tiempo.

30. *Id supra* nota 16. El Artículo 1 define:
"f) "Empresa estatal" significa la empresa que sea propiedad de una de las Partes o que esté controlada por esa Parte mediante derecho de propiedad.
g) "Delegación" significa la concesión legislativa y la orden, norma u otra disposición oficial que transfieran autoridad gubernamental a una empresa o monopolio estatal, o le autoricen el ejercicio de dicha autoridad."
Además, el Artículo 11 dispone que el "*presente Tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las Parte*".

los requisitos antes indicados, no exclusivamente como contrapartes del contrato administrativo, sino como reguladores de una determinada actividad, o simplemente como emisores de actos legislativos, administrativos o normativos de cualesquiera órgano del superorganismo Administración Pública, e incluso por omisiones de dicha Administración.

Ergo, vemos que el nexo o vínculo entre el derecho internacional de la inversión y el contrato administrativo se producirá cuando exista un tratado bilateral de inversión, que por un lado proteja una inversión (en o a través de un contrato administrativo), y un inversionista de un Estado, y por otro lado, un Estado receptor de la inversión que debe aplicar tal tratado o en su defecto, remediar[31] el daño a la inversión del otro Estado en los términos del mismo tratado.

6. Formas administrativas con incidencia en el derecho internacional de la inversión

Con el afán de determinar de una manera visible la relación entre el derecho administrativo, los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión, a continuación se analizan algunas de las principales formas administrativas que al ser aplicadas en un determinado país, podrían dar lugar a violación del derecho internacional de la inversión.

La primera forma administrativa que nos ocupa es el denominado *ius variandi*[32], que es la prerrogativa que tiene el Estado de modificar unilateralmente al contrato administrativo. El *ius variandi* se puede producir de manera directa hacia el contrato administrativo, como por ejemplo cuando se modifica una regulación de telecomunicaciones, que afecta directamente el contra-

31. En el derecho internacional las formas de remediación del daño son restitución, compensación y satisfacción. La primera se implica reponer las cosas al estado anterior al del daño, la segunda comprende un pago en dinero suficiente como compensar el daño causado, y la tercera constituye una declaración de buena voluntad muy poco común en el derecho moderno.
32. Jaime Rodríguez-Arana, *Derecho Administrativo Español,* Ed. Porrúa, México, 2005, pp. 199 y 200.

to administrativo de una concesión de telecomunicaciones. Por otro lado, el *ius variandi* puede producirse de manera indirecta; por ejemplo, cuando se expide una regulación municipal que regula el uso del suelo, y que afecta indirectamente la instalación de antenas para teléfonos móviles.

La aplicación del *ius variandi* produce lo que la doctrina ha denominado el *factum principis* o hecho del príncipe[33], entendido como la modificación unilateral del contrato administrativo por parte del Estado o sus órganos, alternado así el equilibrio o la fórmula económico-financiera del contrato administrativo. El ejercicio del *ius variandi* lleva implícita la obligación del Estado de reestablecer el equilibrio económico del contrato[34] o compensar al contratista. Sin embargo, con el ánimo de evitar las compensaciones a los contratistas, motivar ciertas formas de contratación administrativa y fomentar la seguridad jurídica en los contratos administrativos, tanto la doctrina administrativista como el ordenamiento jurídico de varios países, han limitado el ejercicio del *ius variandi*,[35] promoviendo la intangibilidad[36] de los contratos administrativos.

El *ius variandi* no viola el derecho internacional de la inversión *per se*, aunque puede hacerlo, si la medida adoptada por el

33. Rodríguez-Arana hace una distinción entre el *ius variandi* y el *factum principis*. Define al primero como aquel que se produce cuando la Administración "*modifica el contrato*" y "*debe compensar al contratista por todas las consecuencias económicas de la modificación. Esta compensación engloba tanto el daño emergente como el lucro cesante... Cuando las modificaciones afectan el régimen financiero del contrato –de servicios públicos–, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.*" *Id.* Así también el Autor define al hecho del príncipe como la "*adopción por la Administración de ciertas medidas de carácter general e imprevisible, ajenas al contrato o 'externas' (es decir, no relativas a la relación Administración-contratista) y por ende no directamente relacionadas con el objeto del contrato, pero que provocan indirectamente un daño especial al contratista)... En estos casos, las exigencias de equilibrio económico del contrato generan un derecho a indemnización a favor del contratista perjudicado.*" *Id.*
34. El restablecimiento del equilibrio del contrato puede alcanzase mediante la extensión del plazo del contrato, el incremento de las tarifas o ingresos del contratista o la reducción de cargas impositivas.
35. Por ejemplo, la Constitución del Ecuador dispone que los contratos administrativos tendrán una garantía de estabilidad jurídica en los artículos 249 y 271.
36. Rodríguez-Arana, pp. 196-197. La legislación española hace referencia a lo que se ha denominado la regla de la inalterabilidad del contrato ("*pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*"), es decir que el contrato no puede ser alternado unilateralmente por la sola voluntad de una parte bajo el principio de buena fe.

Estado o alguno de sus órganos[37] viola los preceptos del derecho internacional de la inversión. Por ejemplo, se activará el derecho internacional si el *factum principis* es discriminatorio, o si éste constituye un acto de expropiación o viola el trato justo y equitativo. La jurisprudencia internacional tiene varios casos en los que un inversionista y contratista a la vez ha alegado *ius variandi,* identificándolo o no como tal, y encajándolo dentro de los estándares del derecho internacional de la inversión.[38] Bajo las reglas de la carga de la prueba en el derecho internacional, competerá al inversionista y contratista que alegue la violación, demostrar que tal acto de *ius variandi* y *factum principis* constituye un acto discriminatorio, expropiatorio o violatorio del trato justo y equitativo.

Otra institución propia del derecho administrativo, y en particular del contrato administrativo, es la terminación unilateral del contrato administrativo.[39] Como hemos indicado, el contrato administrativo es peculiar por varias razones; entre ellas, por la posibilidad que tiene de contener cláusulas exhorbitantes, es decir, de aquellas en las que el Estado ejerce una posición de desigualdad y superioridad frente al contratista, y lo supedita en aras de valores superiores como los fines y mandatos del Estado, a situaciones que pueden ser no equitativas y que se encuentran previstas en las normas de orden público que rigen a los contratos administrativos.

37. Es menester tener presente que el *ius variandi* considera la personalidad de la Administración, y el hecho de que el Estado/Administración Pública es uno solo. Por lo tanto, la afectación al contrato puede provenir de cualquier órgano del Estado, es decir, no solo del órgano que funge de contraparte en el contrato administrativo. Ergo, tal personalidad única produce una responsabilidad del sujeto Estado en su integridad.
38. Muchos de los casos de arbitraje producto del Convenio entre Irán y los Estados Unidos de América para la solución de las controversias producidas luego de la revolución islámica contemplaron contratos suscritos con el Estado iraní y terminados abruptamente. Estos casos constituyen un icono importante en el análisis de esta materia.
39. La doctrina distingue varias formas de terminación unilateral, como por ejemplo la caducidad, la terminación anticipada, sea por razones de oportunidad o necesidad, o como formas de sanción al contratista por un determinado incumplimiento del contrato o por acumulación de incumplimientos menores. *Véase* Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As.

La terminación de un contrato administrativo puede configurar también una violación del derecho internacional de la inversión, cuando de manera particular tal medida constituye un acto discriminatorio, expropiatorio o violatorio del trato justo y equitativo. Por ejemplo, si la terminación del contrato está dirigida solo en contra de un contratista y no obedece a una actuación uniforme respecto de otros contratistas nacionales o extranjeros en similares circunstancias, entonces podría haber lugar a una actuación discriminatoria. Si, por ejemplo, la terminación de un contrato administrativo conlleva la apropiación de inversiones del inversionista y contratista sin la debida compensación, entonces podría haber lugar a una actuación expropiatoria *de facto* que viola las normas del derecho internacional de la inversión.

Otra institución puramente administrativa que puede dar lugar a la aplicación de normas del derecho internacional de la inversión es la expropiación administrativa, entendida como el proceso reglado, con finalidad pública, de transferencia forzosa de propiedad de un ciudadano a favor del Estado.

La expropiación administrativa estaría dentro de la denominada expropiación *de jure* en el derecho internacional. Sin embargo, la expropiación administrativa, aunque sea un proceso reglado, puede dar lugar a la aplicación del derecho internacional cuando, por ejemplo, no se pague la correspondiente compensación, o cuando la compensación no sea adecuada[40], sea insuficiente, se pague con retraso, no haya sido valorada bajo los términos de un tratado de inversión o se pague en una moneda que no sea libremente convertible.

40. *Véase* Compañía de Desarrollo de Santa Elena v. República de Costa Rica, ICSID caso No. ARB/96/1, Laudo de 17 de Febrero de 2000.

7. Conclusiones

En el mundo actual, orientado a una integración en varias áreas, es innegable que existe una integración jurídica, la cual el derecho administrativo y el derecho internacional no pueden desconocer. El derecho administrativo de los países de origen continental puede verse influido e incluso supeditado al derecho internacional de la inversión.

En cuanto al contrato administrativo, éste se rige primordialmente por el derecho administrativo, mas puede verse sujeto a normas sustantivas y adjetivas de derecho internacional de la inversión que rijan su desarrollo.

Para que un contrato administrativo pueda verse sujeto al derecho internacional de la inversión, será necesario que exista derecho internacional aplicable al Estado que es parte del contrato administrativo, generalmente en la forma de un tratado de inversión o de comercio. Además, será necesario que exista una inversión y un inversionista en los términos de cada uno de los tratados.

Finalmente, varias de las formas administrativas de actuación del Estado o de la Administración Pública que lo personifica en su fuero doméstico, pueden activar al derecho internacional de la inversión (derecho sustantivo), permitiendo su aplicación y sustrayendo una eventual controversia del foro propio del contrato (derecho adjetivo).[41] Cuando esto sucede, el derecho administrativo y las actuaciones locales dejan de ser el derecho sustantivo rector de la controversia, y se convierten en hechos que deben probarse en la controversia internacional. Por lo

41. Es necesario aclarar que se aplica el derecho internacional como derecho sustantivo de una controversia cuando se activa una norma de derecho internacional que sería, en términos de Gordillo, revestida de "*supremacía*" jurídica por sobre el orden nacional, "*provista de fuerza coactiva, de imperatividad*". Gordillo, p. VI-24. Sin embargo, el derecho internacional puede quedarse en el plano adjetivo, cuando solo se aplica la norma internacional adjetiva, por ejemplo, cuando solo acude al arbitraje internacional (*i.e.* ICSID), pero la ley sustantiva de la controversia es la ley doméstica, pues no se ha invocado, o no existe causa, o no existe tratado o no se han presentado los elementos necesarios para aplicar el derecho internacional.

tanto, el contrato administrativo, si bien puede continuar siendo el eje de la disputa, los derechos sustantivo y adjetivo de la misma pueden ser substituidos. Es decir, se reemplazaría el derecho administrativo (sustantivo) que rige el contrato por el derecho internacional, convirtiéndose aquel –el administrativo– en un elemento más de prueba, pero el derecho sustantivo o la ley aplicable a la controversia pasa a ser el internacional. También, las cortes domésticas pueden ser reemplazadas (adjetivo), sean jurisdiccionales o convencionales, por tribunales internacionales, sin que exista necesariamente un compromiso arbitral en el contrato administrativo.[42]

42. Los convenios internacionales de protección de inversiones tienen una forma de consentimiento arbitral denominado "*arbitration without privity*", por el cual, el consentimiento del Estado a acudir al arbitraje de inversión bajo el derecho internacional consta en el tratado mismo, y se requerirá el compromiso del inversionista y contratista una vez surgida la controversia, momento en el cual se configura el convenio o compromiso arbitral.

Cuadro No. 1

A continuación un cuadro que resume las conclusiones de este trabajo. El cuadro pretende demostrar como algunas instituciones del derecho internacional se pueden aplicar cuando el derecho administrativo produce efectos domésticos bajo diversas formas.

	Discriminación en el derecho Internacional (trato nacional y cláusula de la nación más favorecida)	**Expropiación *de jure* o *de facto* en el derecho internacional**	**Trato justo y equitativo en el derecho internacional**
***Ius Variandi* y hecho del príncipe**	Puede producirse	Puede producirse. Es más probable que la expropiación sea *de facto* al darse el hecho del príncipe	Puede producirse
Terminación unilateral del contrato administrativo	Puede producirse	Si. La terminación del contrato puede ser una expropiación *de jure o de facto* bajo el derecho internacional. Si se siguió un proceso reglado, puede estar bajo la expropiación *de jure*	Puede producirse
Expropiación Administrativa (proceso reglado y doméstico)	Puede producirse	Probablemente se tratara de una expropiación *de jure*	Puede producirse

3. Sección de

Ensayos y Doctrina

CONCEPTO Y NACIONALIDAD DEL LAUDO

Felipe Cuberos (*)

I. Introducción

Dada la extraordinaria precariedad existente en los distintos ordenamientos en cuanto a la noción de laudo y a su caracterización como nacional o extranjero, resulta al menos pertinente preguntarse si, de algún modo, existe algún tipo de consenso internacional en torno a estos conceptos, y sin son ellos en alguna medida relevantes para el cabal entendimiento de la institución arbitral en el mundo de hoy. En efecto, viendo que la justicia arbitral es cada vez más cercana a la vida de los negocios y que por tanto, el elemento "laudo" está cada vez más presente en la definición de relaciones jurídicas, y considerando además que estamos en un entorno globalizado donde es cada día más frecuente que haya pronunciamientos emitidos en un lugar geográfico o bajo una determinada legislación pero que, a su turno, estén llamados a ejecutarse en otras latitudes, parece prudente definir, o por lo menos, tratar de entender qué es lo que hace que un "laudo" sea laudo, y qué elementos, desde la perspectiva de la teoría jurídica, permiten establecer su nacionalidad para, a partir de ello, derivar los efectos que en derecho correspondan.

Dentro del contexto antes expuesto, el presente escrito pretende entonces hacer algunas reflexiones en torno al concepto y nacionalidad del laudo, haciendo pues la salvedad de que, no habiendo en la mayoría de las legislaciones e instrumentos internacionales una definición técnica ni mucho menos uniforme de lo que es un laudo, ni habiendo reglas claras en torno a su nacionalidad, existe un amplio margen de interpretación para dilucidar su significado, características y alcances. Así las cosas, y

desde luego, sin pretender ser exhaustivos en ello, nuestra intención es formular planteamientos que contribuyan a un mejor entendimiento de estas nociones y de sus implicaciones para la efectividad, en una determinada jurisdicción, de las decisiones que los árbitros hubieren podido adoptar por fuera de su ámbito geográfico y procesal.

II. Concepto de Laudo

Resulta curioso, por decir lo menos, que siendo de común aceptación que el pronunciamiento que pone fin a una disputa arbitral se denomina "laudo"[1], los instrumentos internacionales que existen sobre la materia no se hayan ocupado en regular de manera detallada su definición, características y alcances. En efecto, una simple observación desprovista de mayores análisis lleva fácilmente a concluir que los principales tratados y reglamentos internacionales en materia de arbitraje, antes que detenerse en la regulación del "laudo", se han ocupado más bien en dibujar cuál es el camino para someterse al juicio de árbitros; cuál el procedimiento que deben ellos seguir para conocer del asunto, y cómo, finalmente, logra hacerse efectiva la decisión de los árbitros.

La situación antes descrita, es decir, la ausencia de una tipificación clara de qué es un "laudo", no es fruto de la casualidad sino que, por el contrario, puede encontrar su sustento en el origen mismo de la institución arbitral, tanto en su concepción histórica como en su base jurídica. Ciertamente, la noción de arbitraje parte del más elemental de los principios, cual es el que las partes de un conflicto, al verse imposibilitadas para resolver por

1. Eso, desde luego, sin entrar por ahora en la discusión acerca de si esa denominación también le cabe a otros pronunciamientos que puedan emitirse dentro del trámite arbitral que, al menos en Colombia, parece ya no tener cabida dados los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales en sentido contrario. Al efecto, véanse por ejemplo la Sentencia de Unificación SU-174 de 2007 de la Corte Constitucional o el fallo de exequátur proferido mediante Sentencia del 30 de enero de 2004 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

sí solas la controversia, no tienen otro camino que delegar en un tercero, normalmente escogido por ellas mismas, la definición de una solución en forma equitativa, ágil y segura. Este principio, reconocido desde las civilizaciones más antiguas, ha tenido desde luego una evolución que lo ha venido haciendo cada vez más sofisticado, y si se quiere, también más complejo. Así por ejemplo, en las sociedades primitivas, los miembros más importantes de la comunidad, tras haber intentado propiciar un arreglo pacífico entre las partes, terminaban por regular la "composición" que uno de los involucrados en el conflicto debía pagar al otro[2]; igualmente, en el derecho romano, había una etapa denominada "*in judicio*" para la solución de conflictos, que se adelantaba ante un juez privado designado por las partes; en la edad media, fue muy común la realización de juicios ante los líderes de agremiaciones profesionales, y ya en la edad moderna, en diversas ordenanzas francesas y españolas, se hacen repetidas alusiones a la solución de conflictos por terceros escogidos por las partes a fin de "evitar pleitos largos y costosos capaces de arruinar a todos", tal como se menciona en las Ordenanzas de Bilbao de 1737[3].

Así las cosas, y sin entrar pues aquí en juicios de valor acerca de las bondades de la justicia arbitral, puesto que no es ese el objeto de nuestro estudio, lo que sí es claro es que la institución arbitral supone una "sustitución" voluntaria de las partes por uno o varios terceros que las reemplazan para la solución del conflicto, ante lo cual resulta lógico pensar que si las partes mismas hubieran podido alcanzar cualquier tipo de solución sin mayores trabas ni formalismos, también así deberían poder hacerlo sus delegados. Bajo esta perspectiva, se entiende entonces cómo la escasa reglamentación que existe para la decisión arbitral propiamente dicha es fiel al origen eminentemente voluntario y contractual de la institución, ante lo cual es claro que es más bien la excesiva reglamentación actual del proceso (y

2. Monroy Cabra, Marco Gerardo – "Arbitraje Comercial", Editorial Temis, Bogotá, 1982.
3. Ver a este respecto el capítulo introductorio de la obra "Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana sobre Arbitraje Comercial" – Cámara de Comercio de Bogotá, 1993.

no la ausencia de definición en cuanto a qué es un laudo) la que va en contra de la naturaleza misma del procedimiento arbitral.

Ante la ausencia de una tipificación internacional clara y uniforme alrededor de la noción de "laudo", la tendencia generalizada ha sido la de darle a éste un significado y alcance que, o bien pueden ser acordes con su simple acepción idiomática, o bien pueden guardar correspondencia con lo que al efecto prevén las distintas legislaciones nacionales que, en muchos casos, son igualmente ambiguas en torno a la definición. A continuación entonces presentamos una visión general de estas dos concepciones de "laudo" (es decir, la lingüística y la normativa basada en las legislaciones nacionales), para luego hacer algunas reflexiones en cuanto a su posible aplicación en el contexto internacional.

2.1 Noción Idiomática y legislaciones nacionales

Desde un punto de vista puramente lingüístico, parecería no haber duda en cuanto a que el laudo es, en efecto, la decisión final de la controversia sometida al procedimiento arbitral. Así lo confirma el Diccionario de la Real Academia Española que, al referirse a la definición de laudo, simplemente se limita a establecer que es la "*...Decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores...*"[4]. A pesar de lo escueta de la definición, y haciendo abstracción de su extensión a las decisiones tomadas por "amigables componedores", por cuanto ello no parecería muy preciso a la luz de las más modernas concepciones sobre métodos alternativos de solución de conflictos, lo que vale la pena rescatar aquí es que se define el laudo como un "fallo" que, a su turno, es la "*...Sentencia de un juez o de un tribunal, y en ella, especialmente, el pronunciamiento decisivo o imperativo...*"[5], ante lo cual es evidente que aparecen ya dos elementos de importancia capital para la institución objeto de nuestro análisis: el primero, que

4. Real Academia Española - Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, España, 2001.
5. Real Academia Española, ibidem.

se trata de la decisión de alguien investido de jurisdicción; el segundo, que se trata de la decisión final y definitiva, es decir, de aquella cuyo objeto es ya definir el fondo del asunto, poniendo con ello fin a la controversia que hubiere surgido entre las partes.

La tendencia a calificar como laudo a la "decisión definitiva" (y vinculante) de los árbitros ha estado presente de manera más o menos constante en diversas legislaciones herederas de las tradiciones jurídicas más disímiles. En efecto, aún cuando muchos ordenamientos – incluido el colombiano – carecen de lo que técnicamente podría considerarse una definición de laudo, sí incluyen elementos que son demostrativos de su tratamiento. Veamos algunos ejemplos: En primer término, puede resultar interesante ilustrar el punto con una normatividad no solo muy antigua (ya que proviene de la segunda mitad del Siglo XIX), sino que además es ajena por completo a nuestra tradición legislativa. Se trata de la legislación japonesa, seguidora cercana de la tradición alemana en esta y otras muchas materias, donde se regula que *"...el laudo arbitral tendrá entre las partes el mismo efecto que un juicio final y definitivo de una corte..."*[6]. De igual forma, y pasándonos a algo más cercano, aunque proveniente de una cultura legal igualmente ajena a la nuestra, en los Estados Unidos, quizás siguiendo la tendencia inglesa de tener la decisión proferida por etapas, se utiliza la expresión *"preaward"*, reservando la expresión *"award"* o laudo a aquello que revista un carácter definitivo o si se quiere, definitorio[7].

Ahora bien; trayendo el análisis al otro extremo, es decir, a una legislación moderna y completamente afín a nuestra formación jurídica, encontramos que la ley española de arbitraje, proferida el 23 de diciembre de 2003, si bien no incluye un principio tan categórico como el de la normativa japonesa, sí parece ser partícipe del mismo. En efecto, la reglamentación del laudo aparece a partir del Título VI, que se refiere a "la terminación de las

6. Artículo 800 del Código de Procedimiento Civil Japonés.
7. Uniform Arbitration Act. En cualquier caso, hay que tener presente que en la legislación británica de 1996, las decisiones que se adoptan en las distintas etapas del proceso sí son calificadas como laudos.

actuaciones" dentro del procedimiento arbitral, lo cual, aunado al tenor de las disposiciones que allí se incluyen, es sin duda demostrativo de que con el laudo comienza el fin del proceso. No obstante lo anterior, no podemos desconocer tampoco que en la moderna aproximación adoptada por la denominada "Ley 60 de 2003" del país ibérico, hay también espacio para considerar como laudo algo que no sea definitivo, final y concluyente. Así por ejemplo, el artículo 37 de la ley consagra que "*...los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios...*" (subrayado fuera del texto), y que, en la misma línea, el artículo 38 contempla que "*...los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo...*" (subrayado fuera del texto). Sea de ello lo que fuere, lo que sí parece claro es que lo único susceptible de calificarse como laudo (sea éste parcial o definitivo) a la luz de la legislación española es un pronunciamiento tendiente ya a resolver el fondo del asunto, es decir, a "decidir la controversia", según las voces del ya transcrito aparte del artículo 37 de la ley, lo cual hace eco de lo ya establecido en la legislación francesa en cuanto a que el "laudo" tiene efectos de cosa juzgada[8], y por lo mismo, no hace sino reafirmar el principio que hemos venido comentando, es decir, aquel en virtud del cual el laudo es, en principio y como regla general[9], la decisión que resuelve el fondo del asunto y no otra diferente.

Pasando a otras normativas adoptadas en distintos momentos por varios países de América Latina, encontramos que el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina, al referirse al laudo, estableció que "*...los árbitros pronunciarán su fallo sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión...*"[10]; en la legislación guatemalteca, la norma hace referencia a "Laudo Definitivo" lo cual, aunque en principio deja la impresión de que no todo laudo es definitivo, visto en su contexto permite concluir que las referencias legales al laudo aluden a

8. Artículo 1475 del Código de Procedimiento Civil Francés.
9. Desde luego, como toda regla general, tiene sus excepciones y variantes pero para efectos de este escrito nos concentramos en ésta, que es la tendencia más difundida según queda demostrado.
10. Artículo 754 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina.

una decisión final[11]; y en países como México o Costa Rica, se ha exigido que el laudo sea "fundamentado", todo lo cual, una vez más, muestra la tendencia general a aceptar que el laudo arbitral es la decisión que pone fin al proceso, así no se le haya definido como tal.

2.2 El laudo en el ámbito internacional

Como ya lo advertimos, en el campo internacional la tendencia ha sido la de plegarse a lo establecido en las legislaciones domésticas para la conceptualización del elemento "laudo", dada la falta de claridad de los instrumentos existentes al respecto. No obstante lo anterior, en materia internacional existen algunas particularidades que vale la pena discutir. Veamos:

En primer término, la comunidad internacional ha aceptado que los laudos, en el contexto de un arbitraje internacional, no necesariamente tienen que ser motivados[12]. Esto, que bajo una óptica puramente doméstica sería inaceptable (y que eventualmente podría tomarse como demostrativo de que no hay allí un pronunciamiento final y definitivo sobre el fondo del asunto) reitera un principio de relativa aceptación en el arbitraje internacional fundamentalmente por dos razones: la primera, porque el arbitraje internacional es en todos sus aspectos más flaco en formalismos que los arbitrajes nacionales; la segunda, porque en los negocios internacionales (que son los que de suyo dan lugar a arbitrajes internacionales), resulta preferible proteger el buen nombre comercial de los actores del conflicto que justificar las razones por las que una u otra parte pueda verse obligada a atender los reclamos de la otra. En otras palabras, los jugadores del comercio internacional, ante la posibilidad de

11. Artículo 41 del Decreto 67-95.
12. Esto, desde luego, sin perjuicio de lo que establecen algunos reglamentos de arbitraje internacional, como el de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), cuyo artículo 25 es bien claro en establecer que "*...el laudo deberá ser motivado...*".

verse expuestos a un fallo cuyos fundamentos puedan demostrar con elocuencia su mal proceder en los negocios, en ocasiones prefieren simplemente permitir que los árbitros lleguen al fondo del asunto sin extenderse en mayores argumentos explicativos de su decisión. Por esta razón, si bien la motivación de los laudos no es *per se* extraña al arbitraje internacional (ver nota de pie de página número 12 anterior), para que ella se produzca normalmente (aunque no siempre ni bajo todos los reglamentos internacionales) debe haber una solicitud de las partes en ese sentido.

En segundo lugar, la terminología de algunos instrumentos internacionales difiere un poco de la utilizada en las legislaciones nacionales, sin que pueda a ciencia cierta establecerse si ello ocurre como parte de un esfuerzo deliberado de dichos instrumentos por brillar con luz propia para diferenciarse de los ordenamientos nacionales creando en torno suyo unos conceptos e instituciones particulares, o si por el contrario, de lo que se trata es simplemente de discrepancias meramente semánticas donde, a pesar de la diferencia en los términos utilizados, los fenómenos reglamentados son los mismos que, con otras denominaciones, aparecen también en las regulaciones domésticas de los estados. Así por ejemplo, la Convención de Nueva York de 1958 (concebida para facilitar el reconocimiento y ejecución en un estado de las decisiones arbitrales proferidas en otro estado) utiliza desde su título mismo la expresión "Sentencias Arbitrales" que, además de ser una expresión de poca o ninguna utilización en las codificaciones de alcance nacional, no se encuentra definida en la misma convención que la invoca. Ante esta circunstancia, bien cabe plantearse si esas "sentencias" son el mismo laudo arbitral al que nos hemos venido refiriendo, o si, por el contrario, la expresión tiene una connotación diferente y es susceptible de extenderse a otro tipo de pronunciamientos. Partiendo una vez más del contenido lingüístico, encontramos que la palabra "Sentencia" en su tercera acepción alude a una "*...declaración del juicio y resolución del juez...*", y que solo acompañada de la palabra "definitiva" es reconocida en castellano como "*...aquella en*

que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal..."[13] (subrayado fuera del texto).

Visto lo anterior, e independientemente de lo exótica que eventualmente pueda aparecer esta aplicación de la Convención de Nueva York, no parecería descontextualizado sostener que es este un instrumento diseñado para permitir, no solo el reconocimiento y ejecución de los "laudos" o decisiones arbitrales definitivas provenientes del exterior, sino también de cualquier otra decisión arbitral (así no sea la final y definitiva) que pueda producirse en un país diferente de aquel en el que ha de aplicarse. Es más; el numeral 2 del Artículo I de la Convención sostiene que "*...la expresión "Sentencia Arbitral" no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido...*". Si se tiene en cuenta que esos "órganos arbitrales permanentes" suelen ser más unos administradores de procedimientos que unos falladores investidos de jurisdicción para definir el fondo del asunto, es claro que, al menos en su finalidad, lo que muy seguramente quisieron los redactores de la Convención de Nueva York fue dejar establecida su aplicabilidad también para decisiones de mero trámite y no solamente para el pronunciamiento definitivo dirimente de la controversia.

Ahora bien; si en la práctica se ha visto más la aplicación de la Convención de Nueva York a "sentencias definitivas" que a otro tipo de decisiones (cosa que tenemos que admitir como cierta), ello se debe precisamente a la tendencia, que ya comentamos, de entender la terminología de los instrumentos internacionales con la misma óptica y bajo la misma perspectiva delineada por los ordenamientos nacionales donde, como ya se anotó, es aparentemente fácil concluir que el laudo arbitral es considerado en las distintas legislaciones domésticas, y con algunas variantes, como el pronunciamiento definitivo de los árbitros.

13. Real Academia Española, ibidem

El otro instrumento importante para el reconocimiento y la ejecución en Colombia de decisiones arbitrales extranjeras es la Convención de Panamá, donde el punto que comento parece un tanto más pacífico, por cuanto hay artículos en ella que se refieren a "*...las sentencias o laudos arbitrales...*"[14], y por cuanto además, allí mismo se establece que tales pronunciamientos "....tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada...". En otras palabras, aún cuando la Convención de Panamá tampoco se detiene en definir el "laudo", sí es precisa en la determinación de su alcance.

Finalmente, no está de más hacer una breve referencia al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"). En él, si bien sólo se hace referencia al laudo cuando se alude a la etapa final del procedimiento, y se lo regula como el detonante de la terminación del proceso (de manera similar a lo que ocurre con la ley española de arbitraje, según lo ya explicado), queda algún espacio para interpretar que no todo laudo es final y definitivo, ya que el artículo 24 del reglamento se refiere al "laudo final" de los árbitros, como si hubiere uno o unos diferentes a éste.

III. Nacionalidad del Laudo

Vistas estas nociones, queda claro entonces que, si bien la tendencia generalizada es la de entender por "laudo" la decisión final y definitiva de los árbitros, queda también algún espacio para pensar que, en un momento dado, y bajo ciertas normas o reglamentos internacionales, el calificativo de "laudo" podría hacerse extensivo también a otro tipo de pronunciamientos de los árbitros. En esa medida, lo que queda ahora es preguntarse cómo se define la "nacionalidad" de esos pronunciamientos que, bajo las perspectivas comentadas, puedan ser catalogados como "laudos", a fin de establecer, con base en ello, dónde se requie-

14. Artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

ren procedimientos como el del exequátur para hacer efectiva una determinada decisión y dónde no.

3.1 Internacionalidad del Arbitraje

Lo primero que hay que decir es que una cosa es el carácter de nacional, extranjero o internacional que pueda serle atribuido a un determinado procedimiento arbitral, y otra cosa bien distinta (aunque a veces suele confundírsele) es la nacionalidad del laudo. Empezando por el arbitraje mismo, una primera aproximación podría ser la de que, en efecto, como se trata de un "procedimiento", la calificación de nacional, extranjero o internacional que al arbitraje se le dé depende precisamente del origen del procedimiento al que las partes se hayan remitido para que los árbitros puedan tomar su decisión. En esta medida, un primer criterio para definir este aspecto podría consistir en que, si el procedimiento definido por las partes para la solución de un conflicto es el establecido por un reglamento internacional, el arbitraje será internacional. Hasta allí el asunto parece relativamente claro. La cuestión sin embargo comienza a complicarse cuando se mezclan otros elementos en el análisis. Por ejemplo, si las partes se remitieron a un reglamento típicamente internacional (como sería el de la CCI, por ejemplo), pero se trata de un conflicto entre dos partes domiciliadas en un mismo país y que no tiene ninguna relación con un lugar diferente, parecería absurdo calificar ese arbitraje como internacional.

La legislación colombiana, consciente de esta problemática, y tal como ha sido complementada con las interpretaciones de la Corte Constitucional, adoptó en la Ley 315 de 1996 un criterio que sigue muy de cerca los lineamientos establecidos en el artículo 1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, exigiendo la concurrencia de ciertos elementos para que el arbitraje pueda considerarse como verdaderamente internacional. Así, el artículo 1 de la Ley 315 dispone que será internacional el arbitraje cuando, además del pacto de

las partes en ese sentido[15], haya también un elemento de "internacionalidad", como sería el domicilio de las partes, el lugar de cumplimiento de las prestaciones sustanciales relacionadas con el litigio, el lugar del arbitraje[16], la vinculación del asunto con los intereses de más de un estado o la afectación de intereses propios del comercio internacional[17]. Así las cosas, a la luz de la legislación colombiana es claro que la sola remisión a un reglamento internacional, o la sola escogencia de una sede distinta de Colombia como lugar del arbitraje (ver nota de pie de página número 16 anterior) no serían suficientes para determinar, por sí mismas, el carácter internacional de un arbitraje.

Ahora bien; yendo al fondo de nuestro asunto, hay que precisar lo siguiente: el hecho de que exista un arbitraje internacional no excluye de suyo la posible existencia de un laudo nacional. En otras palabras, resulta perfectamente posible que, a pesar de que el procedimiento arbitral reúna todas las condiciones para ser considerado como "internacional", según lo arriba descrito, pueda dicho procedimiento dar lugar a un laudo nacional. Para entender este punto a cabalidad, pasemos entonces a analizar el tema de la nacionalidad del laudo.

15. En relación con este punto, existe la discusión en cuanto a si las partes deben ser expresas en decir que se trata de un arbitraje internacional, o si por el contrario, ello puede deducirse del texto mismo de la cláusula, y, eventualmente, de las reglas a las cuales refieran el arbitraje. En nuestro criterio, esta última posición es la aceptable, por ser compatible con la flexibilidad propia del arbitraje internacional, y porque el querer de las partes, que desde luego es la piedra angular de toda cláusula arbitral, no solo es susceptible de reflejarse a través de manifestaciones expresas.
16. Sobre este punto, la Corte Constitucional Colombiana hizo importantes precisiones en la Sentencia C-347 de Julio 23 de 1.997 (MP: Jorge Arango Mejía). En este pronunciamiento, se dejó claro que no basta pactar que el arbitraje tendrá lugar en otro país para que haya "Arbitraje Internacional". Bajo la óptica jurisprudencial, si el elemento de "internacionalidad" va a ser el lugar del arbitraje, se requiere además que al menos una de las partes esté domiciliada en el extranjero (lo cual no implica que en todo arbitraje internacional una de las partes tenga que ser extranjera o estar domiciliada en el extranjero; solamente si se va a hacer uso del criterio de localización del arbitraje como factor de internacionalidad, habría entonces que complementarlo con otro elemento, como sería el domicilio en el exterior de una de las partes). De lo contrario, se abriría la puerta para "extraterritorializar", sin justificación ninguna, la solución de un conflicto netamente colombiano.
17. Este es un criterio eminentemente económico tomado de la jurisprudencia francesa, y que en términos generales, señala que los intereses del comercio internacional se afectan cuando hay movimiento transfronterizo de mercancías, bienes, capitales o servicios.

3.2 Nacionalidad del Laudo

Dado que la definición en torno a la nacionalidad del laudo sólo es relevante en el marco de un conflicto que tenga elementos de "internacionalidad", según los hemos denominado a lo largo de este escrito, la determinación de dicha nacionalidad debe tener en cuenta lo que al efecto han establecido los instrumentos internacionales sobre la materia con aplicación en Colombia, y particularmente, la ya mencionada Convención de Nueva York, adoptada finalmente como parte de legislación colombiana mediante la Ley 39 de 1990.

De acuerdo con el criterio esbozado por el artículo 1 de la Convención de Nueva York, cuya aplicación, como ya se comentó en otro aparte de este escrito, se orienta al reconocimiento y ejecución de "sentencias arbitrales extranjeras", la nacionalidad del laudo está definida, en primer término, bajo una perspectiva eminentemente territorial. En efecto, el artículo citado menciona que la Convención se aplica a sentencias arbitrales dictadas en un territorio distinto al del estado donde se pide su reconocimiento, con lo cual la solución parece bastante simple: si el laudo fue proferido por fuera del territorio colombiano, se considera un laudo extranjero para su ejecución en Colombia, y por lo tanto, le serán aplicables las reglas y principios correspondientes; por el contrario, si el laudo fue proferido en Colombia, el laudo es, al menos en teoría, un laudo nacional para todos los efectos.

No obstante la aparente claridad de este principio, la Convención de Nueva York ha añadido otro criterio con el cual, ahí sí, surge alguna dificultad interpretativa. En efecto, además del criterio meramente territorial al que hemos hecho referencia, señala la Convención que su aplicación se extenderá "*...también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución...*", ante lo cual cabe afirmar entonces que un laudo proferido en Colombia puede eventualmente, por alguna razón, "no ser

considerado como sentencia nacional" en Colombia. Así por ejemplo, en el evento (improbable pero posible) en que dos extranjeros sin domicilio en Colombia celebren un contrato en el exterior para ser ejecutado por fuera del territorio colombiano, y acuerden deferir la solución de sus conflictos a un arbitramento bajo las reglas de la CCI en el territorio colombiano pero con aplicación de la ley de otro país, sería a todas luces evidente que el pronunciamiento que de ello resultare, a pesar de ser emitido en Colombia, no sería una sentencia nacional, puesto que ni las partes, ni su domicilio, ni el asunto objeto del litigio, ni las reglas procesales o sustanciales aplicables tendrían nada que ver con el territorio colombiano. En consecuencia, parecería claro que un pronunciamiento semejante debería tratarse en Colombia como un laudo extranjero, aplicándose para su reconocimiento y ejecución los principios de la Convención de Nueva York y los trámites propios del exequátur.

Teniendo en cuenta lo anterior, surge entonces aquí un nuevo criterio: un laudo será nacional o extranjero, no solo en razón del lugar donde sea proferido, sino también en razón de los puntos de contacto que pueda tener con una determinada jurisdicción. A partir de ello, fluye entonces otra conclusión: si bien no podemos llegar al extremo de decir, como se ha sostenido en algunos foros internacionales, que la escogencia del lugar del arbitraje es completamente irrelevante y estéril[18], sí podemos

18. Ciertamente, el lugar del arbitraje no puede ser totalmente intrascendente, si se tiene en cuenta que, por ejemplo, de él depende la asistencia judicial que pueda requerirse para ciertas etapas del proceso. Para ilustrar el punto con mayor profundidad, vale la pena remitirse a dos artículos publicados por la Revista Internacional de Arbitraje: el primero, publicado en la edición No. 3 de la revista bajo el título "La Escogencia del Lugar del Arbitraje", donde el autor Henri C. Álvarez formula importantes reflexiones sobre la materia, extendiendo la importancia del lugar del arbitraje hasta aspectos como la forma y contenido del laudo, la práctica de pruebas o el reconocimiento primario del laudo, para no ir muy lejos. El segundo, denominado "La Madurez del Arbitraje Comercial Internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales", en el que Dyalá Jiménez Figueres, con la autoridad que le confiere en estos temas su pasado desempeño como funcionaria de la CCI, sostiene, entre otras cosas, que quien participa en la definición de la sede del arbitraje mediante una cláusula en la que ello se establezca, debe hacerlo responsablemente y sobre todo, con la plena conciencia de que ello tendrá ciertas implicaciones positivas y negativas: por una parte, servirá para pedir apoyo de los tribunales locales para adelantar el procedimiento arbitral, en caso de ser ello necesario, y por otra parte, servirá para establecer determinados controles sobre el laudo. ("Revista Internacional de Arbitraje" – Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis; ediciones 4 y 5, Bogotá, Julio – Diciembre de 2005 y Enero – Junio de 2006).

al menos sostener que no es ella un factor determinante de la nacionalidad del laudo, y por ende, tampoco lo es para la fijación de todos los procedimientos aplicables a su reconocimiento y ejecución. Esta visión, acogida por los más modernos instrumentos de arbitraje internacional, constituye, a no dudarlo, una tendencia cada vez más fuerte en estas materias. Así por ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL, a la que ya hemos hecho referencia, contempla en su artículo 35 que *"...un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante..."* (el subrayado es nuestro), y en la misma línea, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, que es una de las más recientes elaboraciones al respecto[19], consagra que a falta de acuerdo de las partes sobre la ley aplicable, los árbitros decidirán *"...con arreglo a las normas jurídicas que presenten la conexión más estrecha con el litigio..."*[20], más que con apego a las normas del lugar del arbitraje.

El otro punto importante es el de los laudos "sin nacionalidad". A pesar de lo extravagante que a primera vista pueda aparecer la existencia de laudos sin vínculos de conexidad con un estado en particular, lo cierto es que en el escenario internacional sería perfectamente viable la existencia de un laudo a-nacional, dado que la nacionalidad no es un atributo propio, ni mucho menos necesario, de los laudos arbitrales. De ninguna manera resulta contrario a la complejidad propia de los negocios internacionales el hecho de que, eventualmente, existan partes con nacionalidades y domicilios diferentes, vinculadas por un negocio con desarrollos en diversos países, que para escoger un ámbito neutral para la solución de sus conflictos acuerden fijar como sede del arbitramento a otro país, bajo reglas definidas por un reglamento internacional como el de la CCI, la CIAC, la *"American Arbitration Association"*, la *"London Court of International Arbitration"* o alguno similar. En una situación como ésta, lo que sí reñiría con toda lógica sería encasillar a ese laudo bajo un criterio de nacionalidad, puesto que precisamente es

19. El Reglamento data del año 2004.
20. Artículo 33 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

claro que lo que las partes quisieron fue desterrar de su relación este elemento, evitando así crear nexos entre su situación de conflicto y un estado en particular.

Ante un panorama como este, cabría preguntarse si los mecanismos diseñados por la Convención de Nueva York serían también aplicables a ese laudo sin nacionalidad. A primera vista, y si se toma el primero de los criterios de aplicación esbozados por la misma Convención, llegaríamos a la conclusión de que, si bien es viable que exista un laudo sin muchas conexiones con un estado determinado, no sería posible la existencia de un laudo sin que al menos, su lugar de expedición sea medianamente claro[21]. Bajo esta concepción entonces, que es la que hemos denominado atrás como "criterio de territorialidad", el laudo siempre tendría una nacionalidad, cual sería la del lugar de su expedición, y en consecuencia, la Convención de Nueva York sería aplicable siempre que el laudo se pretenda hacer valer en un país distinto de aquel donde fue proferido. No obstante lo anterior, y como ya lo analizamos, existe otro criterio de aplicación fijado en la misma Convención, cual es el de tratar como una "sentencia arbitral extranjera" (y por tanto, objeto de la Convención) a aquella que no sea considerada por un estado como una sentencia nacional. En un ejemplo como el propuesto entonces, sería probable que ningún estado considerara como suyo el laudo en cuestión, y en consecuencia, a pesar de ser un laudo a-nacional, sería también un laudo "extranjero" (como lo exige la Convención para efectos de su aplicación) frente a todos los países donde pretendiera dársele aplicación.

21. En cualquier caso, en arbitraje internacional también resulta posible (y ocurre con frecuencia) que los árbitros no estén físicamente presentes en un mismo lugar al proferirse el laudo.

IV. Reflexiones Finales

Si bien no existen nociones establecidas, claras y uniformes sobre qué es un laudo o cómo se define su nacionalidad para efectos de definir las normas que pueden serle aplicables, especialmente en lo referente a su reconocimiento y ejecución, sí hay una tendencia más o menos generalizada a tratar como laudo únicamente a las decisiones de los árbitros que resuelven el fondo del asunto, y a contemplar la nacionalidad de una decisión arbitral más desde la perspectiva de sus relaciones de conexidad con los distintos estados, que con el sitio donde haya tenido lugar el procedimiento arbitral o donde se haya proferido la decisión de que se trate.

Más allá de lo anterior sin embargo, lo importante es entender que la ausencia de criterios rígidos y de definiciones establecidas en estas materias, antes que constituirse en un factor de confusión, es un elemento más de la flexibilidad propia de la justicia arbitral. Tratar de encasillar dentro de los límites de una definición legal (especialmente si proviene de los ordenamientos nacionales) lo que puede considerarse o no como laudo, o los criterios determinantes para la fijación de su nacionalidad, le haría un daño enorme a la institución arbitral, pero sobre todo, impediría de suyo que los conflictos que por su naturaleza misma tengan un carácter transnacional trasciendan los límites de los estados nacionales.

BOGOTÁ, JUNIO DE 2009

(*) Socio de Prieto & Carrizosa - Colombia

ESPECIALIDAD Y PREVALENCIA DE LA LEY ARBITRAL SOBRE LAS NORMAS DE DERECHO PROCESAL COMÚN

Íñigo Salvador Crespo

Abordaremos en este ensayo la naturaleza especial de las normas que regulan el procedimiento arbitral en relación a las normas procesales comunes y los efectos que de dicha especialidad se derivan.

Para hacerlo, debemos empezar por definir en qué exactamente consiste la especialidad de una norma y cuáles son las consecuencias de dicha naturaleza.

¿QUÉ ES UNA NORMA ESPECIAL?

En términos genéricos podemos decir que una norma es especial cuando se refiere a una materia determinada y específica. Así, tendremos tantas leyes especiales cuantos ámbitos temáticos aborden sus normas: leyes de aguas, leyes de propiedad intelectual, leyes de instituciones financieras, leyes de contratación pública, y un largo etcétera.

Estas normas se denominan "especiales" *"no solamente por la peculiaridad de su contenido, sino por apartarse de alguno de los códigos o textos fundamentales del ordenamiento jurídico de un país"*[1]. De esta manera, podemos decir que, por ejemplo, la Ley de Aguas o la Ley de Propiedad Intelectual, son especiales en relación al

1. Guillermo Cabanellas, **Diccionario enciclopédico de derecho usual,** Buenos Aires, Heliasta, 1981, 18ª. ed., tomo V, p. 161.

Código Civil, pues la propiedad de las producciones del talento o del ingenio y la propiedad de los bienes nacionales de uso público, como el agua, están enunciadas en dicho Código (artículos 601, y 604 y siguientes, en su orden), pero requieren de normas de carácter más particular que expliciten y regulen el contenido general de aquéllas.

Incluso podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que toda ley es especial en relación a alguna otra, en la medida en que explicite el alcance de ésta.

Podríamos también decir que todas las leyes son especiales en relación a la ley fundamental, la Constitución del Estado, pues ésta busca enunciar los principios generales de las relaciones de la comunidad política dentro del estado de derecho, pero, dada su naturaleza cimental, ni puede ni es su vocación regular en detalle cada uno de los ámbitos de tales relaciones.

En cualquier caso, es claro que el carácter especial otorgado a una norma por el legislador obedece a que éste toma en cuenta un mayor número de elementos de la relación jurídica que la norma en cuestión está llamada a regular, de modo que la norma especial se adapta de manera más precisa a las circunstancias particulares y, por lo tanto, desplaza a la norma general en su aplicación a esas circunstancias.

Especialidad y prevalencia

La especialidad de la ley es un criterio para determinar qué norma ha de tener prevalencia sobre otra, en caso de conflicto entre ellas. De acuerdo con el principio *"specialia generalibus derogant"*, el conflicto entre normas se resuelve mediante la aplicación de la ley especial por sobre la ley general. Esto, naturalmente, se aplica solo entre normas de igual jerarquía.

(Recordemos, en cambio, que para normas de jerarquía distinta, hemos de aplicar el principio de la supremacía constitucional, recogido en los artículos 424 y 425 de la Constitución Política de la República del Ecuador, que consagran la prelación normativa ilustrada por Kelsen en su ya célebre pirámide:

> "Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones consitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (...)
>
> "Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
>
> En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía la Corte Constitucional, las juezas y los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. (...)".

Así, pues, como hemos dicho, en caso de conflicto entre dos normas de igual jerarquía, se aplicará aquélla de naturaleza especial. Este principio se encuentra recogido por nuestra legislación, particularmente en la Constitución y en el Título Preliminar del Código Civil.

La Constitución de 1998 lo consagraba por vía de exclusión. En efecto, el artículo 143 de la anterior norma fundamental, cuando regulaba el procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas, en su inciso 2° decía:

> "Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial."

La actual Constitución ha omitido esta precisión en su artículo 133. Sin embargo, como decía, por exclusión, el derogado

precepto constitucional debía ser interpretado en el sentido de que toda ley especial prevalecerá sobre otra general, excepto en el caso de que una de ellas fuera orgánica y la otra ordinaria, evento en que siempre primará la orgánica.

El Código Civil es bastante más explícito al respecto. En efecto, su artículo 12 establece que:

> "Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales."

Aunque en este caso el Código Civil no se refiere a dos cuerpos normativos distintos, uno general y otro particular, sino a disposiciones generales y particulares dentro de una misma ley, debe entenderse que es una consagración del principio *specialia generalibus derogant* en la medida que se refiere a normas de jerarquía idéntica y se pronuncia por la prevalencia de las especiales.

ESPECIALIDAD VS. SUPLETORIEDAD

De este mismo principio se deriva también la naturaleza supletoria de la norma general. La supletoriedad de una norma es, efectivamente, la otra cara de la medalla de la especialidad: lo que no está previsto o regulado en una norma especial se regirá por la ley general. Con una condición: que la propia ley, especial o general, expresamente establezca esta naturaleza supletoria.

Igualmente es el Código Civil el que, también por exclusión, establece su propia naturaleza supletoria, cuando en el artículo 4 dice:

> "En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes."

De este modo, se aplicarán las disposiciones del Código Civil como normas supletorias en caso de ausencia de normas especiales.

Es a la luz de esta aseveración que se ha dicho que los títulos preliminares de los Códigos Civiles de nuestros países, en cuanto regulan el concepto, ciclo vital, efectos e interpretación de la ley, constituyen norma supletoria para todas las demás normas del ordenamiento jurídico, incluidas, claro está, las de los propios Códigos Civiles (pero excluida, por supuesto, la Constitución).

Especialidad vs. posterioridad

Hasta la codificación del Código Civil realizada por la Comisión de Codificación y Legislación del Congreso Nacional en mayo de 2005, salvo disposición derogatoria expresa, la ley especial prevalecía incluso sobre la ley general ulterior, en clara excepción a ese otro principio básico para la determinación de la prevalencia entre normas: *lex posteriori priori derogat,* la ley posterior prevalece sobre la anterior. En efecto, el artículo 12 del Código Civil establecía:

> "La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa".

A partir de la referida codificación esta oración fue suprimida, de modo que se puede inferir que desde entonces es el principio de temporalidad el que prima sobre el de especialidad.

Especialidad de la norma arbitral

Esta relativamente larga introducción nos permite, ahora sí, entrar en materia, partiendo con el planteamiento de una pregunta básica: ¿por qué es especial la norma arbitral?

Desde un punto de vista estrictamente temático, podemos decir que es especial la norma arbitral (en el caso concreto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, toda norma contenida en la Ley de Arbitraje y Mediación) porque regula un procedimiento específico, distinto de los procedimientos regulados en la norma general –inmediatamente más general– que es el Código de Procedimiento Civil.

Vista desde esta óptica, la Ley de Arbitraje y Mediación no es más especial que, por ejemplo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ambas normas regulan procedimientos que no están previstos en el Código de Procedimiento Civil y que por sus peculiaridades y especificidad merecen tratamiento en norma especial aparte.

Podemos decir también que la Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial en relación al Código de Procedimiento Civil, puesto que es un desmembramiento de aquél. En efecto, la Ley de Arbitraje y Mediación regula un tipo de proceso que antes estaba previsto en la Sección XXX (trigésima) del Título II del Libro II de aquél cuerpo normativo y que fue expresamente derogado por la Ley de Arbitraje y Mediación.

Normas supletorias a la Ley de Arbitraje y Mediación

La Ley de Arbitraje y Mediación es también norma especial en función de lo que determina su artículo 37, que dice:

> "En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho".

Si, de acuerdo con el artículo antes citado, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, etc. son normas supletorias de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como antes demostrábamos

que la supletoriedad es la otra cara de la medalla de la especialidad, siguiendo el mismo razonamiento, también podemos lógicamente concluir que ésta es ley especial, al menos respecto de aquéllos cuerpos normativos. Claro que la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil respecto de la norma arbitral se referirá principalmente a las normas procesales –adjetivas– aplicables en caso de vacío de la norma arbitral; mientras que la supletoriedad del Código Civil, el Código de Comercio y "otras leyes conexas" aludirá más bien a las normas sustantivas que el órgano arbitral deberá aplicar para la resolución del fondo del problema que le ha sido sometido.

Desde el punto de vista rigurosamente procesal podemos, entonces, colegir que cuando el órgano arbitral no encuentre en la Ley de Arbitraje y Mediación una norma de procedimiento específica para aplicar a la situación que se le presenta, ha de aplicar las normas que el Código de Procedimiento Civil contiene para solucionar situaciones similares.

Son numerosos los aspectos en que la Ley de Arbitraje y Mediación es insuficiente para regular todas las incidencias del proceso arbitral. A manera de ejemplo extraído de mi experiencia profesional en procesos arbitrales, señalaré que la Ley de Arbitraje y Mediación no contiene normas específicas respecto de la evacuación de pruebas, más allá de disponer que éstas deberán ser adjuntadas a la demanda arbitral o su práctica ser solicitada en ella (artículo 10). En el caso específico del arbitraje del ejemplo, en el cual debí solicitar la comparecencia de testigos para abonar la pretensión de mi representada, el tribunal arbitral, sirviéndose de la naturaleza supletoria del Código de Procedimiento Civil, debió echar mano del artículo 207 y siguientes de ese cuerpo normativo para calificar la idoneidad de los testigos propuestos.

Referencias expresas de la Ley de Arbitraje y Mediación al Código de Procedimiento Civil

Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil no solamente que es norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación, sino que también es objeto de referencia expresa permanente por parte de la propia ley y en ese caso la norma del Código de Procedimiento Civil deja de ser norma supletoria para convertirse en norma especial, de idéntica jerarquía que la ley arbitral. Así, la Ley de Arbitraje y Mediación explícitamente se remite a las normas del Código de Procedimiento Civil para regular los siguientes aspectos: la ejecución de medidas cautelares (artículo 9 LAM), los documentos habilitantes y pruebas preparatorias que se deben acompañar a la demanda arbitral con referencia expresa al artículo 68 del CPP (artículo 10 LAM), los requisitos que debe reunir la contestación a la demanda (artículo 11 LAM), la justificación de la imposibilidad de determinación del domicilio del demandado para efectos de la citación con la demanda (artículo 11, inciso 2° LAM), las causas de excusas de los árbitros referidas a las de los jueces ordinarios (artículo 19, inciso 2° LAM) y las causas de recusación de los árbitros también referidas a las de los jueces ordinarios (artículo 21 LAM).

Esta realidad torna inevitable plantearse la pregunta: si el Código de Procedimiento Civil es norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación ¿hacen falta las referencias expresas a las normas de ese Código, que, como hemos visto, son tan abundantes en la Ley arbitral? ¿no habría sido preferible dejar que el órgano arbitral y los centros de arbitraje apliquen la norma procesal supletoria, ya que la propia ley arbitral la designa? O, en su defecto ¿no habría debido la Ley de Arbitraje y Mediación contener normas procesales específicas y dejar el menor número de vacíos posible?

¿OPERA LA SUPLETORIEDAD EN EL ARBITRAJE EN EQUIDAD?

Estos cuestionamientos y reflexiones tienen pertinencia cuando hablamos del arbitraje en derecho, pero no olvidemos que la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil según el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación opera "siempre que se trate de arbitraje en derecho", es decir, parecería que la referida naturaleza supletoria de las normas procesales ordinarias no opera en casos de arbitraje en equidad.

En efecto, si consideramos que en el arbitraje en equidad los árbitros actúan según "su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica" (artículo 3, inciso 2º LAM) –concepto este último que también ha sido tomado prestado del Código de Procedimiento Civil– y que, contrariamente a los árbitros en derecho, no "deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina" (artículo 3 LAM), queda la impresión de que el árbitro en equidad podrá suplir los vacíos procesales de la ley arbitral según se lo dicte su propio criterio.

Más razonable sería concluir, a mi parecer, que el árbitro en equidad podrá prescindir de las normas supletorias de índole sustantiva (o sea "el Código Civil, el Código de Comercio y otras leyes conexas" a que se refiere el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación) para **resolver el fondo del asunto según su leal saber y entender;** pero que, en cuanto tiene que ver con las normas supletorias procesales (o sea el Código de Procedimiento Civil), el árbitro en equidad debe servirse de ellas para asegurar de alguna manera las garantías del debido proceso.

Como alternativa, Sir Michael Mustill y Steward Boyd, en su obra *"Commercial Arbitration"* sugieren algunas características que el proceso arbitral no debe dejar de tener aún a falta de norma expresa y que, podríamos considerar en esta oportunidad, *mutatis mutandis,* puesto que estos autores comentan la realidad inglesa:

"No se exige al árbitro que siga minuciosamente el procedimiento como si se tratara de la Corte Suprema, pero en la medida en que adopte un procedimiento que cumpla con las características esenciales del proceso contradictorio *(adversarial procedure)*, el árbitro puede usar de amplia discreción. Sugerimos que las más importantes de estas características son:

1. Debe realizarse una audiencia en que las partes o sus representantes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos y valorar su evidencia.
2. El árbitro no debe considerar evidencia o argumentos de una parte sin conocimiento de la otra.
3. El árbitro debe decidir solamente sobre la base de evidencia que pudiera ser aceptada por un juez de la jurisdicción ordinaria.
4. Cuando el tribunal está conformado por más de un árbitro, todos deben actuar como jueces hasta el final; no deben asumir el papel de amigables componedores o de representantes de las partes.
5. El árbitro no debe llevar adelante sus propias investigaciones sin el consentimiento de las partes. Si obtiene tal consentimiento, el árbitro debe exponer los resultados de sus investigaciones y dar a las partes la oportunidad de comentarlos y de confrontar con ellas su propia evidencia"[2].

La excepción de arbitraje, resultado de la especialidad de la norma arbitral

La prevalencia de la norma arbitral por sobre las normas procesales comunes halla una de sus expresiones más trascendentes en el efecto que tiene el convenio arbitral de sustraer de la jurisdicción ordinaria el litigio sometido a arbitraje.

El convenio arbitral, en efecto, conlleva dos efectos principales:

2. Michael J. Mustill y Stewart C. Boyd, ***The Law and Practice of Commercial Arbitration in England,*** Butterworths, Londres, 1989, p. 289.

1. uno positivo, que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las cuestiones litigiosas que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir el laudo arbitral; y,
2. de mayor interés para nuestro propósito, un efecto negativo, que radica en que la justicia ordinaria no puede conocer un asunto litigioso respecto del cual existe ya un convenio arbitral, es decir, lo que en la terminología procesal del arbitraje se conoce como la "litispendencia arbitral" o *"excepción de arbitraje"*[3].

La litispendencia arbitral tiene que ver con la concepción misma del arbitraje, que según el tratadista francés Robert es la *"institución de una justicia privada gracias a la cual los litigios se sustraen de las jurisdicciones de derecho común para que [los individuos] queden revestidos, en la ocasión, de la misión de juzgarlos"*[4]. En efecto, concluido el convenio arbitral, el proceso ante los tribunales ordinarios deviene inadmisible.

Partiendo de una óptica jurisdiccionalista del arbitraje –la doctrina jurisdiccionalista sostiene que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional, pues es el Estado, por vía legal, el que reconoce los efectos de una decisión tomada por jueces privados, en virtud de un contrato entre las partes en el litigio[5]–, la ley arbitral, de naturaleza especial frente a las normas procesales generales, reconoce el efecto negativo del convenio arbitral, a saber: la sustracción del litigio en cuestión a la jurisdicción ordinaria.

La excepción de arbitraje o litispendencia arbitral puede entonces ser planteada por la parte demandada ante la justicia ordinaria respecto de un litigio en relación al cual las partes ya habían suscrito un convenio arbitral.

3. Ver Alvaro Galindo, "El convenio arbitral", **Ruptura**, No. 40, 1997, p. 167.
4. J. Robert, **Traité de l'arbitrage,** París, 1955, p. 5.
5. Ver Carlos Larreátegui M., **Contribución al estudio del arbitraje privado,** Quito, 1982, p. 32.

La especialidad de la norma arbitral juega en este caso un papel sumamente importante, pues es en virtud de esa norma especial que la jurisdicción ordinaria pierde la capacidad de conocer el litigio en cuestión.

La Ley de Arbitraje y Mediación consagra de forma explícita en su artículo 7 que:

> "El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria."

Es interesante señalar, además, que el propio Código de Procedimiento Civil en su artículo 346, incluye como la primera de las solemnidades sustanciales cuya omisión produce la nulidad del proceso, la de la "jurisdicción de quien conoce el juicio". Partiendo de lo dicho anteriormente, habíamos sostenido, cuando no había sino este sustento legal para hacerlo, que es nulo un proceso sustanciado ante la justicia ordinaria en relación a un litigio respecto del cual preexiste un convenio arbitral, pues no se habría cumplido la primera de la solemnidades sustanciales, la de la jurisdicción de quien conoce el juicio, ya que en ese caso la jurisdicción está radicada ante árbitros.

A partir de las reformas introducidas a la LAM mediante la Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial N°. 532 de 25 de febrero de 2005, el principio de preeminencia de la jurisdicción arbitral en virtud de la especialidad de la LAM se encuentra plenamente consagrado en la legislación ecuatoriana.

En efecto, la referida ley reformatoria añadió un segundo inciso al artículo 7, el cual introduce el principio llamado "pro arbitraje":

> "Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respec-

tivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días".

Este artículo encuentra su contrapartida en el artículo 8 de la LAM, según el cual, en cambio, ha de entenderse como renuncia tácita al convenio arbitral, el que, cuando una de las partes hubiere demandado ante un juez ordinario respecto de relaciones sujetas a un convenio arbitral, la otra parte no haya planteado excepción de incompetencia del juez. Con ello, la especialidad de la jurisdicción arbitral pierde efecto.

CONCLUSIONES

A manera de recapitulación, digamos entonces:

1. La Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial, y por lo tanto prevalece, respecto del Código de Procedimiento Civil porque regula un procedimiento específico distinto de los previstos en ese código.

2. La Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial, y por lo tanto prevalece, en relación al Código de Procedimiento Civil, puesto que es un desmembramiento de aquél.

3. La Ley de Arbitraje y Mediación es norma especial, y por lo tanto prevalece, respecto del Código de Procedimiento Civil en virtud de la supletoriedad expresa de éste, consagrada en el artículo 37 de aquélla.

4. El árbitro en equidad podrá prescindir de las normas supletorias de índole sustantiva para resolver el fondo del asunto, pero debe servirse de las normas supletorias de índole procesal para garantizar el debido proceso.

5. Quizás la más importante manifestación de la prevalencia de la Ley de Arbitraje y Mediación sobre el Código de Procedimiento Civil es la imposibilidad del juez ordinario de conocer un asunto respecto del cual se haya suscrito antes un convenio arbitral.

EL ESTADO Y EL ARBITRAJE: PRIMERA APROXIMACIÓN

Guido Santiago Tawil* e
Ignacio J. Minorini Lima**

I. La creciente importancia del arbitraje como método de resolución de conflictos en que el Estado es parte

El incremento incesante del comercio internacional y los procesos de integración regional han llevado a una creciente utilización del arbitraje como método alternativo para la resolución de conflictos.

Las ventajas del arbitraje han sido destacadas frecuentemente por la doctrina y se han visto plasmadas en su mayor aceptación en el ámbito de las relaciones contractuales. La posibilidad de constituir tribunales con conocimiento especializado en las materias en debate, la mayor celeridad, economía, informalidad e inmediatez del procedimiento y la confidencialidad de las actuaciones son algunas de las razones por las cuales el arbitraje ha experimentado un crecimiento excepcional[1].

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Presidente del Comité de Arbitraje de la IBA. Socio, M. & M. Bomchil, Buenos Aires.

** Profesor Asistente de Derecho Administrativo de la UBA. Asociado, M. & M. Bomchil, Buenos Aires.

1. No obstante ello, el arbitraje no constituye por cierto una panacea. Se han señalado como desventajas del arbitraje que (i) el riesgo de conflictos de interés es mayor en el caso de árbitros privados que en el de los tribunales de justicia; (ii) si su redacción no es precisa, las cláusulas arbitrales pueden dar origen a incidencias dilatorias con la consecuente pérdida de tiempo y dinero; (iii) alguna doctrina y legislación nacional perciben al arbitraje como un medio concebido para favorecer los intereses comerciales del mundo occidental desarrollado; (iv) la flexibilidad e informalidad puede ir en desmedro del buen orden del procedimiento, permitiendo mayores incidencias entre las partes con potencial efecto disruptivo sobre el arbitraje; (v) la necesidad de que las partes presten cierta colaboración para constituir el tribunal, acordar cuestiones de procedimiento, celebrar audiencias, etc., brinda oportunidades adicionales para que el litigante malicioso obstaculice el procedimiento; (vi) si bien constituye un procedimiento relativamente más eficiente que los tribunales judiciales, su conveniencia en términos económicos debe ser analizada en cada caso, a fin de determinar si se justifica afrontar los costos derivados de los honorarios de los árbitros y de las instituciones de arbitraje (en el caso de arbi-

Si bien la lentitud que se observa en los procesos judiciales no es, por cierto, un problema exclusivamente local, en nuestro país presenta aristas preocupantes[2]. Un estudio efectuado en el año 1998 por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES) señalaba que el desfasaje existente entre el ingreso y egreso de causas en los juzgados de la Capital Federal ascendía al 40%[3].

Una muestra de causas iniciadas en 1999 en el fuero comercial de la Capital Federal evidenciaba que tan sólo el 54% de ellas había concluido en el lapso de cuatro años[4]. Más grave aún resulta la situación del fuero contencioso-administrativo federal. De acuerdo con un muestreo efectuado en el año 2003 por la Dirección Nacional de Auditoría de la Procuración del Tesoro de la Nación, obtener una sentencia de primera instancia en procesos de conocimiento en los que el Estado es parte y requieren apertura a prueba lleva alrededor de seis años y un mes[5]. Si a eso se le suma el tiempo que normalmente demandan los procesos de apelación a Cámara y la eventual intervención de la Corte por

---

trajes institucionales) Ver Born, Gary B., "International Commercial Arbitration", Transnational Publishers y Kluwer Law International, 2º edición, La Haya, 2001, pp. 7-11. De acuerdo con un relevamiento efectuado por Julio César Rivera ("Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje", Revista Internacional de Arbitraje, julio-diciembre 2006, p. 193 y siguientes), los jueces argentinos encuentran como objeciones más comunes al arbitraje que éste "*a) Es una moda. b) Es una 'privatización' de la justicia. c) Es un medio de opresión de las grandes empresas sobre las compañías de los países emergentes. d) Es un modo de eludir la aplicación de la legislación estatal imperativa –o de orden público-. e) Los árbitros no son realmente independientes de las partes. f) La confidencialidad atenta contra la transparencia del sistema y crea dificultades para conocer la 'jurisprudencia'. g) En el arbitraje doméstico no hay razones que justifiquen reemplazar al juez por un tercero e implica desconfianza en los jueces. h) No siempre el procedimiento es tan barato ni simple*".

2. FIEL, "La reforma del Poder Judicial en la Argentina", Buenos Aires, 1996. Sobre este tema, ver Tawil, Guido Santiago, "Advocacy in International Commercial Arbitration: Argentina", en Bishop, Doak (editor), "The Art of Advocacy in International Arbitration", Juris Publishing, Nueva York, 2004, pp. 358-360.
3. De acuerdo con el referido estudio, por año judicial se resuelven aproximadamente el 60% de las causas que ingresan (FORES, "Justicia & Desarrollo Económico", Buenos Aires, 1999, p. 149, disponible en http://www.foresjusticia.org.ar/investigaciones/JusticiaCEA/S2cap2.pdf (última visita: 31 de julio de 2006)).
4. FORES, "La gestión del fuero comercial. Análisis y propuestas", Buenos Aires, 2004, p. 74.
5. Rosatti, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", La Ley 2003-F, 1283. A ello se le deben sumar los tiempos que insume el agotamiento de la instancia administrativa, por vía recursiva o reclamativa dependiendo de la naturaleza de la pretensión.

vía ordinaria o extraordinaria, bien puede suponerse que –más allá de los procedimientos previos a la interposición de la acción[6] y posteriores de ejecución– un proceso judicial en el que el Estado sea parte difícilmente demande en la Argentina menos de diez años.

La excesiva lentitud de los procedimientos se traduce en elevados costos de transacción para la sociedad y la pérdida de inmediatez del juez con el expediente –como consecuencia de la congestión de las causas en trámite– potencia la posibilidad del error judicial[7]. En este contexto, el arbitraje se ha constituido en una alternativa interesante para superar tales escollos, reduciendo en alguna medida los costos transaccionales.

Si las razones señaladas han coadyuvado al auge creciente del arbitraje en el ámbito local, motivos adicionales favorecen su elección como medio de resolución de controversias en los conflictos de naturaleza internacional[8].

6. En los juicios contra el Estado, el ordenamiento jurídico argentino (ley 19.549) exige al litigante agotar previamente la vía recursiva o reclamativa -excepción hecha del caso en que se encuentre exento de ello- como presupuesto ineludible a fin de que el juez dé curso a la acción instaurada. Dependiendo del caso, obtener un pronunciamiento efectivo por parte de la Administración respecto de los recursos administrativos o reclamos interpuestos puede insumir varios años.
7. FORES, "Justicia & Desarrollo ...", *ob. cit.* en nota 3, p. 161.
8. Teniendo en cuenta los diversos modos o circunstancias en que se puede desenvolver un arbitraje, se han elaborado clasificaciones que se asientan en las diferentes variantes que ellos pueden presentar (Caivano, Roque J., "Arbitraje", Ad-Hoc, 2° edición, Buenos Aires, 2000, p. 67). Entre ellas, cabe mencionar aquéllas que distinguen entre el arbitraje voluntario y forzoso, ad-hoc e institucional, por árbitros de derecho o amigables componedores, y nacional e internacional. Gordillo señala con acierto que no existe una posición pacífica en la legislación ni en doctrina sobre los elementos que otorgan carácter internacional a un arbitraje (Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", II, Fundación de Derecho Administrativo, 8° edición, Buenos Aires, 2006, p. XVIII-8). La sede del tribunal, el lugar en que se pronuncia el laudo, la nacionalidad o domicilio de las partes o de los árbitros, la ley aplicable al procedimiento y al fondo de la controversia, el lugar de celebración y ejecución del contrato, la sede de la institución arbitral, el lugar en que el laudo será ejecutado, entre otros criterios, se han propuesto alternativa o concurrentemente como factores determinantes (*Ibid.;* Caivano, "Arbitraje", *ob. cit.* en nota 8, pp. 86-87; Gaillard, Emmanuel y Savage, John (editores), "Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 45 y siguientes). Al respecto, la ley modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional brinda una importante guía en la materia. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL conforme a su sigla en inglés) elaboró dicha ley modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento, recomendando a los Estados adaptar sus leyes de arbitraje ateniéndose en la mayor medida posible al modelo propuesto. Ver "Nota explicativa de la Secretaria de la CNUDMI sobre la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional", disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf (última visita: 12 de agosto de 2006). Teniendo en cuenta que la ley modelo tiene

Cuando las partes de una transacción son de distinta nacionalidad es frecuente observar cierta reticencia en alguna de ellas a someterse a los tribunales del país de su contraparte. El arbitraje aparece allí como un foro apto para superar la desconfianza natural hacia las jurisdicciones estatales. Permite, además, adoptar reglas que combinen armónicamente las diversas culturas jurídicas involucradas (*common law*, derecho continental europeo, etc.). En este sentido, más allá de la mayor influencia del derecho continental europeo en ámbitos como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o del derecho anglosajón en la *London Court of International Arbitration* (LCIA) las reglas de las principales instituciones de arbitraje han intentado plasmar en sus procedimientos principios universales.

En las últimas décadas se han reducido en forma considerable las materias no arbitrables, observándose una creciente aceptación del arbitraje en ámbitos tales como el de los recursos naturales, las inversiones extranjeras y la propiedad intelectual[9]. A este respecto, no sólo se advierte una expansión de las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje, sino también una mayor apertura en cuanto a la admisión de quienes pueden ser parte en el procedimiento.

---

por objeto uniformar los procesos arbitrales y satisfacer las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional, sus criterios deben evaluarse con particular detenimiento y, en la medida en que lo permita la legislación local vigente, interpretar esta última en forma armónica con aquélla. De acuerdo con las pautas dispuestas por ella (artículo 1, inciso 3), un arbitraje será internacional si (a) al momento de la celebración del acuerdo arbitral, las partes tiene sus establecimientos en Estados diferentes o (b) alguno de los siguientes lugares se encuentra situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: (i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; (ii) el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar que tenga una relación más estrecha con el objeto del litigio; o (c) las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo arbitral está relacionada con más de un Estado. Por su parte, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 adopta como factor determinante para definir el acuerdo de arbitraje como internacional que éste haya sido "*... concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes*".

9. Ver, así, el prólogo de Horacio A. Grigera Naón al libro de Adriana N. Pucci, "Arbitraje en los países del MERCOSUR", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997 y Grigera Naón, Horacio A., "Arbitraje comercial internacional en el mundo actual", J.A. 1996-III, p. 701.

Así, las legislaciones nacionales han previsto en forma creciente que los Estados puedan comprometer en arbitraje no ya únicamente conflictos suscitados con otros Estados –tradicionalmente regidos por el derecho internacional público– sino también controversias con particulares aún en supuestos relacionados con actividades de índole no comercial. Esa tendencia permitió advertir el progresivo abandono de la doctrina Calvo por parte de algunos de sus principales impulsores e hizo suponer en algún momento que ella había quedado definitivamente superada[10].

Así parecían demostrarlo la suscripción de tratados de integración como el NAFTA y el *Energy Charter Treaty,* la celebración de tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones incluyendo mecanismos de resolución de disputas entre Estados y entre éstos y nacionales de otros Estados y del Convenio Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –conocido también como el Convenio CIADI o la Convención de Washington de 1965[11].

La creciente utilización de tales mecanismos ha generado, sin embargo, una reacción adversa al arbitraje, visible particularmente en aquellos países que se han visto demandados en forma creciente. Ciertas posiciones esbozadas recientemente por los Estados Unidos, Argentina y otros países a fin de limitar la utilización del arbitraje son claros ejemplos de esta corriente.

10. Como ha señalado el primero de los autores en otra oportunidad ("Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", La Ley 2000-D, p. 1106), la llamada doctrina Calvo se erigía en una de las principales barreras al sometimiento del Estado al arbitraje con particulares en el ámbito internacional. La denominación se debe a quien fuera su inspirador, el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo quien, en síntesis, postulaba que en función del principio de igualdad de los Estados, los nacionales de otros países carecían de derechos y privilegios especiales y las controversias relativas a reclamos de esos extranjeros contra los Estados receptores debían dirimirse exclusivamente de conformidad con las leyes de estos últimos y ante sus tribunales.
11. El Convenio CIADI instituyó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas, con el propósito particular de "despolitizar" el arreglo de las diferencias en materia de inversiones. Ver, al respecto, Tawil, "Los tratados de protección ...", ob. cit nota 10, p. 1106 y siguientes.

En el caso de los Estados Unidos[12] esa posición se ha visto plasmada en (i) las presentaciones efectuadas por esa nación en procedimientos arbitrales iniciados por sus propios nacionales contra Canadá o México bajo el NAFTA, en las cuales –de conformidad con su artículo 1128– sostuvo interpretaciones restrictivas de las protecciones brindadas por ese tratado[13]; (ii) la sanción de la *Trade Act* en el año 2002[14]; (iii) el modelo de tratado bilateral de inversión del año 2004 que, comparado con el de 1994 que lo precediera, si bien no excluye el recurso al arbitraje, restringe los derechos reconocidos a los inversores extranjeros[15]; y (iv) los tratados multilaterales y bilaterales suscriptos a la luz de dicho modelo (entre otros, el *CAFTA-DR* y los tratados bilaterales con Australia y Uruguay).

Por su parte, a pesar de haber anunciado el abandono de la doctrina Calvo al alentar la suscripción de más de 50 tratados de protección y promoción recíproca de inversiones a principios de la década del 90, la Argentina ha desempolvado nuevamente argumentos estrechamente vinculados con ella[16] tanto en los

12. Desde el año 1998 hasta el presente, Estados Unidos ha enfrentado más de 15 arbitrajes internacionales iniciados por inversores mexicanos o canadienses en el marco del *NAFTA*.
13. Por ejemplo, "Pope & Talbot Inc. v. Canadá" y "Metalclad Corporation v. México".
14. En cuanto ella dispone que "... *el principal objetivo de negociación de los Estados Unidos en relación con la inversión extranjera es reducir o eliminar las artificiales o distorsivas barreras comerciales para la inversión extranjera, a la vez de asegurar que los inversores extranjeros en los Estados Unidos no les sean concedidos mayores derechos sustantivos con respecto a la protecciones de las inversiones que los inversores estadounidenses en los Estados Unidos* ..." ("... *the principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are to reduce or eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign investment, while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States* ...").
15. Así, por ejemplo, en materia de expropiación el nuevo modelo de tratado dispone que, excepto en raras circunstancias, medidas regulatorias de carácter no discriminatorio adoptadas por una parte y diseñadas y aplicadas para proteger legítimos fines de bienestar público, tales como medioambiente, salubridad y seguridad públicas no constituyen expropiaciones indirectas. Ver, Anexo B, párrafo 4(b) del modelo de tratado bilateral de inversión del año 2004 de los Estados Unidos. Asimismo, en materia de trato justo y equitativo, el modelo de 2004, a diferencia de su predecesor de 1994, restringe el concepto al mínimo estándar de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario. Ver artículo 5(1) del modelo de tratado bilateral de inversión del año 2004 de los Estados Unidos.
16. La naturaleza de las objeciones efectuadas a la jurisdicción y competencia de los tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas del CIADI, la pretensión de aplicar la ley argentina en la interpretación de los estándares previstos en los tratados, los numerosos artículos publicados en revistas jurídicas reivindicando el foro local como ámbito exclusivo para la resolución de esas controversias y los diversos proyectos de leyes proponiendo denunciar el Convenio CIADI y los tratados bilaterales de inversión, limitar la fuerza ejecutoria de los laudos o condicionar la inversión extranjera son sólo algunos ejemplos de esta tendencia.

procesos arbitrales en los que es parte como en declaraciones periodísticas e iniciativas legislativas[17].

Sin embargo, más allá de ciertas posiciones adversas al sometimiento del Estado al arbitraje y reacciones visibles recientemente, el arbitraje con partes estatales ejerce hoy un importante rol en el orden económico internacional. Subsisten, por cierto, diferencias relevantes entre los arbitrajes en que un Estado es parte y aquél que atañe únicamente a partes privadas. Cuestiones tales como la arbitrabilidad subjetiva, las restricciones impuestas por las legislaciones nacionales, la revisión de los laudos y la inmunidad de ejecución son sólo algunas de las que mayor relevancia han asumido cuando una de las partes de la controversia es una persona estatal.

II. Cuestiones que plantea la participación del Estado en arbitraje

II.1 La llamada arbitrabilidad subjetiva y el limitado alcance del derecho interno

A fin de determinar la validez de una cláusula arbitral no sólo debe verificarse que las partes hayan prestado válidamente su consentimiento sino también que él haya sido otorgado dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico[18]. El cumplimiento de este requisito, conocido como arbitrabilidad,

17. Diversos proyectos de ley se han presentado recientemente en el Congreso inspirados en la doctrina Calvo. Así, por ejemplo, la iniciativa legislativa de la senadora Mabel Müller (Expte. 532/05) declara inoponibles a la República Argentina aquellos laudos arbitrales que no puedan ser recurridos ante la Corte Suprema y prohíbe al Sector Público Nacional prorrogar jurisdicción a favor de tribunales arbitrales para la resolución de conflictos patrimoniales en los que no se prevea el derecho a recurrir los laudos ante la Corte Suprema. Otras iniciativas contienen disposiciones similares, reivindicando la jurisdicción argentina. Ver, entre otros, los proyectos de ley (i) de los senadores Ricardo Gómez Diez y Pedro Salvatori (Expte. 2577/05, habilitando a los jueces argentinos a revisar todos los laudos arbitrales previo a su ejecución); (ii) del diputado Luis F. Zamora (Expte. 6737-D-05, derogando los tratados bilaterales de inversión suscriptos por la Argentina y el Convenio CIADI) y (iii) de los diputados Noel Breard, Luis Borsani, Gustavo Cusinato, Federico Storani, Margarita Stolbizer y Leopoldo Moreau, entre otros (Expte. 0285-D-05, ordenando al Estado Nacional invocar en todo proceso arbitral del que sea parte que los laudos no serán definitivos, quedando sujetos a revisión por la justicia argentina).
18. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 312.

se traduce en la exigencia, por un lado, de que el acuerdo arbitral se vincule con materias susceptibles de ser dirimidas en arbitraje y, por otro, que las partes se encuentren legalmente habilitadas para comprometerse en arbitraje[19].

Vinculada con la protección al interés general, el término se relaciona en su faz subjetiva con la aptitud de las entidades estatales para someterse a arbitraje[20].

Efectuando un paralelo con conceptos propios del derecho administrativo y dada la diversa categoría de intereses a los que se dirigen cada uno de estos conceptos[21], la arbitrabilidad subjetiva se encontraría más emparentada con las cuestiones de competencia que con las de capacidad[22].

Desde esa óptica, la ausencia de arbitrabilidad subjetiva es en general explicada en términos de incompetencia y no de incapacidad.

La incompetencia del Estado para comprometer en árbitros se presenta así como una restricción al arbitraje por razones de interés general u orden público interno. Prohibir o restringir el acceso al arbitraje limitando las materias susceptibles de someterse a ese mecanismo (arbitrabilidad objetiva) o mediante el establecimiento de trabas a la competencia de los órganos estatales (arbitrabilidad subjetiva) constituyen dos caras de la misma moneda, tendientes a limitar la vía arbitral por razones de interés general y, por ello, reclaman un tratamiento conjunto.

19. *Ibid.*
20. Hanotiau, Bernard, "The Law aplicable to Arbitrability", ICCA Congress series Nº 9, Paris, 1999, p. 146.
21. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 317.
22. Salcedo Castro, Myriam, "La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje", en Silva Romero, Eduardo (Director Académico) y Mantilla Espinosa, Fabricio (Coordinador Académico), "El contrato de arbitraje", Legis, Bogotá, 2005, pp. 119-120; Rosa Moreno, Juan, "El arbitraje administrativo", McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 116. Nos referimos en el caso a la incapacidad de hecho. En relación con la incapacidad de derecho, debe verse en ella, asimismo, una cuestión de arbitrabilidad subjetiva en tanto tiene por objeto la protección del interés general.

Pese a las diferencias señaladas, la utilidad práctica del término arbitrabilidad subjetiva ha sido cuestionada por considerarse que no resulta posible distinguirla del concepto de capacidad. Así, se ha afirmado que más allá de la terminología a utilizar, la cuestión central radica en determinar las restricciones que puedan existir para que las entidades estatales comprometan en árbitros[23].

Sin perjuicio del trasfondo semántico del debate ante la similitud conceptual existente entre la arbitrabilidad subjetiva y la capacidad de derecho, la distinción presenta consecuencias prácticas concretas en el ámbito del arbitraje internacional[24]. La noción amplia de arbitrabilidad permitiría despejar la incertidumbre que se presenta en relación con la ley aplicable a la capacidad de las personas en el ámbito del derecho internacional privado, aplicando en su lugar un régimen uniforme a la validez de la cláusula arbitral tanto en su faz objetiva como subjetiva.

Silva Romero explica ello en los siguientes términos:

> "... [si] se incluye que se está en presencia de un problema de capacidad, el derecho aplicable a la cuestión será el de la nacionalidad de la parte estatal, y la posible conclusión será que la parte estatal era o es incapaz de contratar pactos arbitrales. Si, por el contrario, se concluye que se trata de un problema de arbitrabilidad, el derecho aplicable será el que se le aplica al pacto arbitral, esto es, en la mayoría de los países, el derecho de la sede del arbitraje internacional o lex arbitri (de acuerdo, por lo menos, con lo dispuesto en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 relativa al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros). Si la sede del arbitraje no está localizada en el país de la parte estatal, lo que ocurre con frecuencia, la conclusión puede ser que la entidad estatal sí era o es capaz de dar su consentimiento con respecto a pactos arbitrales"[25].

23. Redfern, Alan y Hunter, Martin, "Law and practice of international commercial arbitration", Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 147.
24. Silva Romero, Eduardo, "El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones" en Silva Romero, Eduardo (Director Académico) y Mantilla Espinosa, Fabricio (Coordinador Académico), "El Contrato de Arbitraje", Legis, Bogotá, 2005, p. xx.
25. *Ibid.*

Si como ocurre en forma creciente en este campo[26], se admite, además, una amplia autonomía de la cláusula arbitral respecto de las disposiciones de las legislaciones nacionales[27], la cuestión de la arbitrabilidad subjetiva presenta una utilidad jurídica aún mayor. En efecto, de considerarse que la aptitud de personas estatales de comprometer en árbitros hace a la capacidad de esas personas, las eventuales controversias que ello pudiera generar deberán resolverse, por lo general, en los países de tradición continental europea a la luz de la ley de la nacionalidad de las partes y en los países del *common law* en función de la ley del domicilio. En cambio, de acogerse la teoría de la arbitrabilidad subjetiva, la cuestión deberá dilucidarse en función de lo que denominan las normas sustantivas del derecho internacional por resultar esa la ley aplicable al pacto arbitral y no ya la de la sede del arbitraje internacional[28].

A partir de la decisión emitida en un arbitraje sustanciado bajo el reglamento de la CCI en año 1971[29] se ha elaborado en el

26. Ver, así, Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, pp. 235-236; Hanotiau, "The Law aplicable ..." *ob. cit.* en nota 20, p. 148.
27. En esta posición, la cuestión de la validez de la cláusula compromisoria (arbitrabilidad objetiva y subjetiva) se desliga de las normas de cualquier derecho nacional para someterse únicamente a los requerimientos del orden público internacional. Ver, así, Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 218 y siguientes. Esta posición se vincula en cierta medida con la idea de la "desnacionalización" del arbitraje internacional, que se presenta en teoría como atractiva al eliminar la incertidumbre que suscita la aplicación de los principios de derecho internacional privado. Sin embargo, se ha criticado que ella se aparta de posiciones arraigadas en el derecho internacional privado y el derecho procesal internacional y que, en la práctica, su aplicación sólo es posible en la medida que el derecho local (*lex arbitri*) la admita. Ver, así, Redfern y Hunter, "Law and practice ...", *ob. cit.* en nota 23, p. 91; Sandrock, Otto, "To continue nationalizing or to de-nationalize? That is now the question in international arbitration", 12 Am. Rev. Int'l Arb. 301. Asimismo, la teoría de la "desnacionalización" origina incertidumbres sobre las reglas que se aplicarían al arbitraje internacional ante las vaguedades y ambigüedades que presenta en la práctica la *lex mercatoria*. Ver Delaume, Georges R., "Comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the lex mercatoria", 63 Tul. L. Rev. 575).
28. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, pp. 316-318.
29. Compañia italiana v. entidad estatal africana, Caso CCI N° 1939, referenciado en Salini Costruttori S.P.A. (Italia) v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority, (Caso CCI N° 10.623/AER/ACS), laudo sobre suspensión del procedimiento y jurisdicción (7 de diciembre de 2001), Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. III, N° 2 (2003), p. 159. Por razones de confidencialidad, en ciertas decisiones arbitrales que se hacen públicas no se identifican con precisión las partes intervinientes sino únicamente ciertos elementos mínimos a los efectos de distinguir la decisión.

ámbito del arbitraje internacional el principio –inspirado en la jurisprudencia francesa– de que los Estados y entes estatales no pueden alegar las disposiciones restrictivas de su propio derecho interno para cuestionar la validez de una cláusula compromisoria consentida sin reservas[30]. No tratándose el sometimiento del Estado a arbitraje de una cuestión de capacidad, sino de arbitrabilidad, la ley del Estado parte resulta inaplicable, en tanto la materia se rige por las normas sustantivas del derecho internacional que ratifican la arbitrabilidad del Estado y consideran contrario a la buena fe que éste pretenda desconocer sus compromisos previos sobre la base de normas que él mismo dictó y que, por consiguiente, no son heterónomas a su respecto[31].

La jurisprudencia francesa y la legislación suiza han incorporado esa regla[32], compartida con limitaciones por el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961[33]. Así, el artículo 177(2) de la ley federal suiza de derecho internacional privado prescribe que *"si una parte del acuerdo de arbitraje es un Estado, una empresa controlada por el Estado o una organización de propiedad del Estado, no puede fundarse en su propia ley a fin de cuestionar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una disputa comprendida en el acuerdo de arbitraje"*.

30. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 322; Paulsson, Jan, "May a State Invoke its International Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration? Reflections On the Benteler v. Belgium Preliminary Award", Arbitration International, Vol. 2, Nº 2, p. 90; Hanotiau, "The Law aplicable ..." *ob. cit.* en nota 20, p. 151.
31. Similar fundamento dio origen a una regla básica en materia de derecho de los tratados, equivalente –salvando las diferencias- al principio aquí expuesto. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en nuestro país por ley 19.865 dispone que "*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ...*".
32. Silva Romero, Eduardo, "ICC Arbitration and State Contracts", ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 13/No. 1, 2002, p. 38; Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, pp. 318-322; Hanotiau, "The Law aplicable ..." *ob. cit.* en nota 20, pp. 148-152.
33. El artículo II de este convenio establece así: "*1. En los casos previstos en el artículo 1, párrafo 1, del presente Convenio, las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como "personas morales de derecho público" estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales. 2. Al firmar o al ratificar el presente Convenio o al adherirse al mismo, todo Estado contratante podrá declarar que limita dicha facultad según las condiciones concretadas en su declaración*".

En función de esta regla, en aquellos supuestos en que un Estado parte en un arbitraje alega la nulidad de la cláusula compromisoria en función de prohibiciones o restricciones existentes en su derecho interno para comprometer en árbitros, los tribunales arbitrales internacionales han desestimado, en general, esta clase de objeciones. A este respecto, frecuente es la cita del laudo dictado en el caso *Framatome*[34].

Este relevante principio encuentra sustento, asimismo, en el orden público internacional[35] y el principio de la buena fe[36], de plena aplicación tanto en el derecho administrativo[37] como

34. Ver Lehman, Matthias, "A plea for a transnational approach to arbitrability in arbitral practice", 42 Colum. J. Transnat'l L. 753, p. 761. Como señaló el referido tribunal arbitral "*... sería superfluo insistir en que existe un principio general que en la actualidad es universalmente reconocido en las relaciones entre estados así como en las relaciones internacionales entre entidades privadas (considerado como un principio de orden público internacional, un uso del comercio internacional o un principio reconocido por el derecho internacional público, el derecho internacional arbitral o la lex mercatoria), en virtud del cual el estado iraní se hallaría a todo evento –aún si así lo hubiera pretendido, que no es el caso- impedido de renegar de un acuerdo de arbitraje celebrado por el propio estado o, previamente, por una entidad pública como AEOI*". El texto citado en el original en francés reza: "*Il est superflu d'ajouter qu'un principe général, aujourd'hui universellement reconnu tant dans les rapports interétatiques que dans les rapports internationaux privés (que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages du commerce international ou aux principes reconnus tant par le droit des gens que par le droit de l'arbitrage international ou la "lex mercatoria") interdirait de toute façon à l'Etat iranien – même s'il en avait eu l'intention, ce qui n'est pas le cas – de renier l'engagement d'arbitrage qu'il aurait souscrit lui-même ou qu'un organisme public comme l'AEOI aurait souscrit précédemment*". Ver, caso CCI N° 3896, Framatome S.A. v. Atomic Energy Organization of Iran (AEOI), laudo sobre jurisdicción (30 de abril de 1982), 111 J.D.I. 58 (1984). Frecuente es la cita por parte de los tribunales constituidos bajo las reglas de la CCI de este principio a fin de desestimar las objeciones planteadas respecto de la validez de la cláusula arbitral por los estados o entes controlados demandados. Ver, al respecto, Silva Romero, "ICC Arbitration ...", *ob. cit.* en nota 32, p. 39. La regla referida es también frecuentemente enunciada en arbitrajes *ad-hoc*. Ver, así, Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 326.
35. Si bien la teoría de la aplicación de las normas sustantivas para establecer la arbitrabilidad subjetiva justifican el principio enunciado, no necesariamente debe adscribirse a dicha teoría a fin de aplicarlo. Sin hacer referencia a ella y aplicando la ley personal del Estado para establecer su capacidad para comprometer en árbitros, Lalive expresa que el orden público transnacional impediría que éste invoque su propia legislación para desconocer un acuerdo de arbitraje libremente pactado. Ver Lalive, Pierre, "Ordre public transnational (ou reellement international) et arbitrage international", Revue de l'Arbitrage 3 (1986), 329, p. 344.
36. Silva Romero, "ICC Arbitration ...", *ob. cit.* en nota 32, p. 39; Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, pp. 325-329; Paulsson, "May a State Invoke its International Law ...", *ob. cit.* en nota 30, p. 90.
37. En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha sostenido desde, por lo menos, 1871 que "*la administración debe ser leal, franca y pública en sus actos*" (Fallos: 10:203). En el campo del derecho comparado, ver González Pérez, Jesús, "El principio de la buena fe en el derecho administrativo", Civitas, Madrid, 1983.

internacional[38]. Tales principios y la prohibición del Estado de actuar contra sus propios actos –plasmada en el brocardo clásico *"venire contra propium factum non valet"*– impiden celebrar por un lado un acuerdo de arbitraje para luego alegar su nulidad en el procedimiento arbitral, en función de restricciones establecidas en su propio derecho[39]. Esa conducta implica, asimismo, una violación de los deberes básicos de información (*disclosure*) y colaboración que deben observarse en toda transacción, habida cuenta que, de hallarse el Estado impedido de celebrar acuerdos arbitrales, debería hacerlo saber a su contraparte[40].

38. Ver, así, González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I.; Sáenz de Santa María, Paz Andrés; "Curso de Derecho Internacional Público", Civitas, 2° edición, Madrid, 2002, pp. 92-93, entre muchos otros.
39. En los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte Internacional de Justicia señaló que "*sólo la existencia de una situación de estoppel podría avalar las alegaciones de Dinamarca y los Países Bajos –es decir, si la República Federal estuviera ahora impedida de rechazar la aplicación del régimen convencional, a causa de conductas previas, declaraciones, etc., que no sólo evidenciaran de manera clara y consistente la aceptación de ese régimen, pero que también hubieran llevado a Dinamarca o los Países Bajos, basándose en esa conducta, a modificar su posición en su detrimento o a sufrir algún perjuicio*" ("*Only the existence of a situation of estoppel could lend substance to the contention of Denmark and the Netherlands - i.e., if the Federal Republic were now precluded from denying the applicability of the conventional régime, by reason of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of that régime, but also had caused Denmark or the Netherlands, in reliance on such conduct, detrimentally to change position or suffer some prejudice*"). Ver así North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports (1969). Sin embargo, no existe uniformidad en la aplicación de la regla del estoppel en derecho internacional ni existe una clara delimitación entre el concepto de estoppel y la doctrina de los actos propios en ese campo. De sostenerse que para la legítima invocación del estoppel se requiere que la conducta del Estado se encuentre autorizada –tal como sostienen algunos autores en el ámbito internacional– o que la conducta previa sea válida como afirma Mairal en relación con la doctrina de los actos propios en el derecho administrativo argentino (Mairal, Héctor A., "La doctrina de los propios actos y la administración pública", Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 6-7)- podrían suscitarse discusiones sobre si la regla que impide al Estado invocar su propio derecho para desconocer una cláusula arbitral encuentra fundamento en aquellas doctrinas, toda vez que no podría afirmarse que quien celebra un acuerdo arbitral prohibido por la legislación nacional vigente se encuentra autorizado para ello o que dicha conducta sea válida. No obstante ello, la respuesta dependerá de la ley que se estime aplicable a la validez de la cláusula arbitral. De acogerse la teoría de la arbitrabilidad subjetiva regida por normas sustantivas del derecho internacional, la discusión sería superada, en tanto no habría dudas sobre la validez de la conducta previa.
40. En el plano internacional, es regla establecida que el Estado debe conducirse "... *de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planifica-*

A pesar de la relevancia de esta regla, de su aplicación tanto por tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas de la CCI como por ciertos tribunales locales[41] y de su recepción en legislaciones tales como la suiza, no resulta apropiado considerarla todavía como una práctica uniformemente aceptada, principio de la *lex mercatoria* o del orden público internacional[42]. Varias son las razones para ello.

En primer lugar, su admisión no es pacífica, subsistiendo opiniones que rechazan la distinción entre capacidad y arbitrabilidad subjetiva y propugnan una solución uniforme con fundamento en que las restricciones para que el Estado comprometa en árbitros deben determinarse en función de la ley local de ese Estado. En apoyo de esta posición, se suele sostener que si quien celebra un acuerdo de arbitraje en representación del Estado no se encuentra autorizado para ello no puede considerarse que aquél queda obligado por tal acuerdo[43]. De este modo, se asimila a la solución prevista en el campo del derecho administrativo para los supuestos de nulidad absoluta del acto por vicio en el elemento subjetivo[44].

---

ción y puesta en marcha de su operación económica y comercial (...)". Ver, así, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2), laudo, 29 de mayo de 2003, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf (última visita: 9 de agosto de 2006), párrafo 154. Asimismo, se ha dicho que la transparencia "... *incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes ...*". Ver Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos (Caso N° ARB(AF)/97/1), laudo, 30 de agosto de 2000, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/MetacladAward-Spanish.pdf (última visita: 9 de agosto de 2006), párrafo 76.

41. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 322 y siguientes.
42. Silva Romero, Eduardo, "Requiem for the Rule of Article 177(2) of the Swiss Private International Law Act?", en Aksen, Gerald; Böckstiegel, Karl-Heinz; Mustill, Michael J.; Patocchi, Paolo Michele; Whitesell, Anne Marie (editores), "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution", Cámara de Comercio Internacional, 2005, p. 825 y siguientes.
43. Rubino-Sammartano, Mauro, "International Arbitration. Law and Practice", Kluwer Law Internacional, 2° edición, Países Bajos, pp. 200-201.
44. Ver, así, en la Argentina, lo dispuesto en los artículos 14, inc. b) y 17 de la ley 19.549.

En segundo orden, no puede desconocerse que la arbitrabilidad subjetiva y la regla enunciada no han tenido mayor recepción en países tradicionalmente reticentes al arbitraje. Basta recordar, por ejemplo, que en el caso de los estados latinoamericanos, buena parte de sus legislaciones no admitían siquiera, hasta hace poco tiempo atrás, la potestad del tribunal arbitral de expedirse sobre su propia competencia (principio *kompetenz-kompetenz*)[45].

Por último, se ha sugerido que la regla que prohíbe la invocación de la legislación interna por parte de un Estado o entidad estatal para cuestionar la validez de una cláusula arbitral debería ser revisada a la luz de los principios de seguridad jurídica y buena fe[46].

En esta línea, se ha sostenido que la *lex mercatoria* debe ser aplicada tanto al Estado y sus entidades como al contratante extranjero. Si bien los primeros cargarían con los deberes de información (*disclosure*), transparencia y colaboración, no es menos cierto que quien contrata con un Estado tendría la obligación de verificar que su contraparte se encuentra habilitada legalmente para comprometer en árbitros. La omisión de efectuar tal análisis colisionaría con el accionar exigible a un buen hombre de negocios, obstando a que pudiera posteriormente alegar su propia torpeza y pretender que el acuerdo arbitral sea tenido por válido[47].

45. En lo que hace al principio de *kompetenz-kompetenz*, se observa una creciente tendencia a su aceptación a medida que, como ha ocurrido en Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Perú, los países de la región han regulado el arbitraje en legislaciones que toman como base la Ley Modelo de UNCITRAL, cuyo artículo 16(1) dispone: "*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria*".
46. Silva Romero, "Requiem for the Rule of Article 177(2) ...", *ob. cit.* en nota 42, p. 825 y siguientes. El autor plantea dudas, asimismo, sobre la posibilidad de fundar la regla en el vago concepto de orden público internacional.
47. *Ibid.*

Sin embargo, ¿hasta dónde puede exigirse a quien contrata con un Estado el verificar en forma autónoma la compatibilidad del accionar de dicho Estado con su orden jurídico interno? Si el accionar estatal no aparece como manifiestamente ilegítimo –entendiendo como tal a aquél detectable con un grado mínimo de diligencia y atención– ¿puede imputársele a su contratante culpa alguna en el acuerdo celebrado con quien actúa públicamente sin reproche y cumpliendo formas que aparentan su legalidad?

Asimismo, con la salvedad expresa del supuesto de dolo o connivencia, debe admitirse que en aquellos casos en que el Estado invoca posteriormente la ausencia de arbitrabilidad subjetiva ello se debe, en general, a un cambio de criterio (o, inclusive, ausencia de un criterio uniforme) o a un supuesto de torpeza de la propia parte estatal más que de su contraparte.

En este sentido, la diligencia exigible a un buen hombre de negocios no puede extenderse al punto que deba presumir la mala fe de un ente estatal o que pueda exigírsele un examen independiente de la legitimidad de todos y cada uno de los actos que celebre su contraparte. Más aún cuando las normas estatales no son uniformes o heterónomas respecto del propio Estado.

Aún cuando se aceptaran, por hipótesis, ciertas restricciones a la aplicación de la regla, ella mantendría vigencia prácticamente indiscutible en los supuestos de ilegitimidad sobreviviente. No podría admitirse así que con posterioridad a la celebración del acuerdo arbitral el Estado modificara su legislación y pretendiera fundar en ese cambio su objeción a la jurisdicción arbitral. Similar reproche cabría formular en aquellos casos donde si bien no se produce una modificación normativa, el Estado adopta un nuevo criterio de interpretación en desmedro de su práctica anterior.

Los principios de indivisibilidad del Estado en el plano internacional, información, buena fe y transparencia tornarían

aplicable semejante solución cualquiera fuera el órgano estatal que cuestionara posteriormente el sometimiento a arbitraje. La regla referida resultaría así aplicable aún cuando quien cuestiona el sometimiento a arbitraje sea otro poder estatal.

En *Salini Costruttori S.P.A. v. Etiopía* –caso tramitado bajo el reglamento de arbitraje de la CCI– los demandados recusaron a todos los miembros del tribunal arbitral en el marco de una incidencia respecto a la sede del arbitraje (Addis Ababa, Etiopía) y el lugar en que el Tribunal dispuso la celebración de las audiencias sobre jurisdicción y mérito (París). Ante el rechazo de la recusación por parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, los demandados interpusieron un recurso de apelación ante los tribunales etíopes y obtuvieron una medida cautelar de la Corte Suprema suspendiendo el procedimiento arbitral hasta tanto se resolviera el citado recurso[48]. En forma paralela, los demandados promovieron una acción ante un tribunal judicial de primera instancia a fin de que se declarara la falta de jurisdicción del tribunal arbitral CCI en el caso y obtuvieron una medida cautelar suspensiva de similar tenor a la anterior[49].

El tribunal arbitral se enfrentó a la necesidad de resolver si debía suspender el procedimiento arbitral como consecuencia de las decisiones adoptadas por los tribunales locales. En función de la línea jurisprudencial predominante en el sentido que un Estado no puede ampararse en su propia legislación a fin de desconocer un acuerdo arbitral[50], el tribunal extendió ese principio a la particular situación planteada en el caso. Señaló así que

> "la cuestión de si un estado puede recurrir a sus propios tribunales, no ya sólo a su propia ley, con el objeto de renegar de un acuerdo de arbitraje que libremente ha celebrado, no ha devenido

48. Salini Costruttori S.P.A. (Italia) v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority, (Caso CCI N° 10.623/AER/ACS), laudo sobre suspensión del procedimiento y jurisdicción (7 de diciembre de 2001), Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. III, N° 2 (2003), p. 159.
49. *Ibid.*
50. *Ibid.*, párrafo 161 y siguientes.

en una similar línea jurisprudencial bien asentada. No obstante, la cuestión se presenta, por cierto, en los mismos términos. En efecto, no hay diferencia entre, por un lado, un estado que repudia unilateralmente un acuerdo arbitral internacional o modifica sus leyes internas en un intento por liberarse de tal acuerdo y, por otro, un estado que recurre a sus propios tribunales para obtener la suspensión o terminación del procedimiento arbitral (tanto sobre la base de una alegada nulidad del acuerdo de arbitraje, una alegada parcialidad del tribunal arbitral o alguna otra razón). Tanto uno como otro equivale a que el estado reniegue de su propio acuerdo de someter controversias a arbitraje internacional"[51].

Decisiones recientes de ciertos tribunales argentinos han generado serias dudas sobre el grado de conocimiento existente en nuestro país sobre la materia arbitral. Se ha considerado tradicionalmente que los tribunales judiciales deben abstenerse de interferir en el trámite del procedimiento arbitral hasta tanto se dicte el laudo –excepción hecha de la colaboración necesaria para la ejecución de medidas compulsivas–, ya que lo contrario implicaría limitar las facultades jurisdiccionales propias de los árbitros. Así lo contempla expresamente el ordenamiento procesal argentino al limitar los recursos existentes a la sentencia arbitral[52]. Lamentablemente, ciertas decisiones recientes parecen indicar que esa no es la concepción actual de algunos tribunales argentinos[53].

51. *Ibid.*, párrafos 165-166.
52. El artículo 758 del CPCC establece: "*Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso*". Por su parte, el artículo 760 dispone: "*Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente*".
53. En este sentido, particular preocupación causó en el ambiente del arbitraje la intervención de algunos tribunales argentinos en el caso Yacyretá. Ver, así Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, "Entidad Binacional Yacyretá c/ Eriday y otros", sentencia interlocutoria del 27 de septiembre de 2004, La Ley 2005-A, p. 12; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, "Entidad Binacional Yacyretá c/ Eriday y otros", resolución del 18 de abril de 2005, La Ley 2005-C, p. 651. Las Empresas Reunidas Impregilo – Dumez y Asociadas para Yacyretá (ERIDAY UTE) iniciaron un arbitraje CCI contra la Entidad Binacional Yacyretá (EBY) –organismo de carácter internacional creado mediante un tratado celebrado por Argentina y Paraguay– en el marco de ciertas diferencias originadas en torno a la ejecución de un contrato para la construcción de una represa hidroeléctrica celebrado el 20 de octubre de 1983.

La interferencia judicial en procesos arbitrales no sólo resulta incompatible con las tendencias modernas en la materia, sino que genera serias dudas respecto a la conveniencia de aceptar ciertas jurisdicciones como sede de futuros procedimientos arbitrales. La prudencia y el respeto que ciertos tribunales judiciales han exteriorizado respecto de la autonomía del procedimiento arbitral han llevado a que tales jurisdicciones sean, por lo general, las elegidas preponderantemente a ese efecto[54].

II.2 El creciente sometimiento de los Estados al arbitraje

Si bien la mayor parte de las legislaciones nacionales contemplan la posibilidad de que los particulares sometan sus controversias a arbitraje –con ciertas restricciones vinculadas con el orden público– mayores resistencias se presentan cuando una de las partes es el Estado o un ente dependiente de él.

El comercio internacional y, en particular, la necesidad de los Estados de financiarse en los mercados internacionales los ha llevado a admitir en forma creciente su sometimiento tanto a

Iniciado el procedimiento, se generó un debate en torno al contenido del acta de misión, que dio lugar a la recusación por parte de EBY de los tres árbitros intervinientes ante la Corte de la CCI en dos oportunidades. Antes que la Corte de la CCI se expidiera sobre la segunda recusación interpuesta, EBY promovió una demanda ante los juzgados de primera instancia en lo contencioso administrativo federal de la Capital Federal a fin que (i) se ordenara a ERYDAY suscribir el acta de misión incorporando las modificaciones propuestas por EBY y (ii) se excluyera a los árbitros del procedimiento arbitral. En ese marco, EBY solicitó una medida cautelar de no innovar para que el tribunal arbitral se abstuviera de proseguir las actuaciones mientras tramitara el proceso judicial. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 concedió la medida cautelar solicitada el 27 de septiembre de 2004. Para así decidir, sostuvo que dada su importancia para el proceso arbitral no resultaba irrazonable revisar el acta de misión con anterioridad al laudo a fin de evitar futuras impugnaciones. Los árbitros designados por las partes renunciaron. La actora propuso un nuevo árbitro y fue denunciada por EBY ante el juez argentino por violación de la orden judicial suspensiva. Ante ello, una nueva resolución judicial impuso elevados astreintes a ERYDAY a fin que se abstuviera de impulsar el procedimiento arbitral hasta tanto se dictara sentencia definitiva en la causa local o cesaran los efectos de la cautelar. Respecto a este caso, ver Rivera, Julio César, "El principio de la autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino", Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, Noviembre de 2005, p. 1; Parodi, Víctor Gustavo, "El caso 'Yacyretá' (o cómo retroceder ochenta años). Análisis y comentarios", E.D. 215-661.

54. De acuerdo con las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional, de los 466 arbitrajes iniciados bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI en el año 2004, 88 tuvieron por sede París; 65 a Londres; 44 a Génova y 25 a Zurich. Ver Lewis, James, "Centres of Power", Legal Business Arbitration Report 2006, p. 9 y siguientes.

jurisdicciones arbitrales como a tribunales judiciales extranjeros para dirimir eventuales conflictos entre ellos y su contraparte contractual. Asimismo, la necesidad que han enfrentado los Estados de competir unos y otros por un capital limitado ha llevado a que muchos de ellos ofrezcan a los potenciales inversores garantías adicionales hasta el momento ausentes. El sometimiento de los eventuales conflictos que pudieran suscitarse en materia de inversión a arbitraje internacional –en forma directa o subsidiaria al cumplimiento de ciertos requisitos formales o temporales– visible en los más de dos mil tratados de protección y promoción recíproca de inversiones suscriptos desde 1959 a la fecha constituye uno de los compromisos más relevantes asumidos a este respecto.

El creciente sometimiento de los Estados a arbitraje resulta observable también en el ámbito local y no son ajenos a esta tendencia, incluso, los países de mayor tradición en el campo del derecho administrativo[55].

En Francia, se mantiene vigente el principio general, sentado en el artículo 2060 del Código Civil y en función del cual "*no se puede comprometer en árbitros (...) los conflictos relativos a colectividades públicas y establecimientos públicos y, en general, todas las materias que interesen al orden público* (...)"[56]. Este principio es aplicable tanto a la actividad administrativa como a la actividad industrial y comercial de las personas estatales y su violación trae aparejada una nulidad absoluta[57].

55. Hemos decidido obviar el tratamiento del derecho italiano en este tema por corresponder a otra exposición. Sin embargo, basta mencionar al respecto que la ley italiana 205/2000 dispuso en su artículo 6(2) que las controversias concernientes a derechos subjetivos que correspondan al conocimiento de los jueces administrativos pueden ser resueltas mediante arbitraje de derecho ("*Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*").
56. El artículo 2060 del Código Civil francés –conforme a la redacción introducida por la ley 75-596 del 9 de julio de 1975– dispone: "*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* (...)".
57. Con respecto a los establecimientos públicos industriales y comerciales, el artículo 2060 del Código Civil francés establece que "... *no obstante, las categorías de establecimientos públicos de carácter*

Sin embargo, tal prescripción no es absoluta[58] y no constituyó –ni constituye en la actualidad– un obstáculo insuperable para el arbitraje.

En este sentido, confirmando una decisión previa del Consejo de Estado, el *Conseil Constitutionnel* francés ratificó en su pronunciamiento del 2 de diciembre de 2004[59] que el principio enunciado en el Código Civil carece de valor supralegal. En función de ello, el *Conseil Constitutionnel* concluyó que el Estado y sus entidades pueden comprometer en árbitros mediando una ley que así lo autorice. Tal pronunciamiento no ha hecho más que ratificar una visión jurídica presente allí desde hace décadas. Desde 1906[60], diversas leyes han autorizado en Francia a personas estatales a recurrir al arbitraje. Inicialmente ocasionales, el número de normas dictadas en ese sentido se ha incrementado significativamente en las últimas décadas[61], ratificando la cre-

---

industrial y comercial pueden ser autorizadas por decreto a comprometer" ("*Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre*"). Ver Rivero, Jean y Waline, Marcel, "Droit administratif", Dalloz, 17° edición, París, 1998, p.123 y 479; Debbasch, Charles, "Droit Administratif", Economica, 6° edición, París, 2002, p. 634; Chapus, René, "Droit administratif general" I, Montchrestien, 6° edición, París, 1992, p. 281.

58. De Laubadère, André; Venecia, Jean-Claude; Gaudemet, Yves, "Traité de Droit Administratif", I, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudente, 12° edición, París, 1992, p. 257.

59. *Conseil Constitutionnel*, decisión n° 2004-506 DC, 2 de diciembre de 2004, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* N° 18.

60. Señalaba así Hauriou, al referirse a la ley del 17 de abril de 1906 que "*el Estado bien podía someterse a un arbitraje en litigios internacionales, mas no podía hacerlo respecto de litigios nacionales porque en ese ámbito disponía de sus propios jueces y era considerado que no debía brindarles una prueba de desconfianza (C.E., 17 de marzo de 1983, Compagnie des chemins de fer, R. p., 245). Esas consideraciones sentimentales terminaron por ceder ante las ventajas prácticas del arbitraje experimentadas a título oficial a propósito de la Exposición Universal de 1900 (Cf. C.E., 77, enero 1904, Ducastaing, R. p., 45). La ley de presupuesto del 17 de abril de 1906, artículo 69, revirtió el derecho existente por las disposiciones siguientes (...)*" (traducción libre). Ver Hauriou, Maurice, "Précis de droit administratif et de droit public", Dalloz, 12° edición –reimpresión-, París, 2004, pp. 52-53.

61. Al respecto, el Código de Justicia Administrativa francés, vigente desde el 1° de enero de 2001, dispone en su artículo 311-6 que no obstante lo establecido en relación con la competencia de los órganos jurisdiccionales, el arbitraje es admitido en los casos previstos, entre otros, por la ley del 17 de abril de 1906 (liquidación de gastos en contratos de obra y suministros), por la ley 82-1153 del 30 de diciembre de 1982 (orientación de los transportes interiores); por la ley n° 86-972 del 19 de agosto de 1986 (contratos de las colectividades locales con colectividades extranjeras); por la ley 90-568 del 2 de julio de 1990 (organización del servicio público de correos y telecomunicaciones) y por la ley 97-135 del 13 de febrero de 1997 (crea el establecimiento público "Red férrea de Francia para el renacimiento del transporte ferroviario"). Asimismo, el nuevo Código de Obras Públicas (*Marchés Publics*) ordenado por el decreto 2001-210 del 7 de marzo de 2001, autoriza el arbitraje para la liqui-

ciente acogida que caracteriza al arbitraje en el campo del derecho público[62].

El panorama resulta aún más alentador en el ámbito del arbitraje internacional. Las restricciones impuestas por el derecho interno francés respecto del Estado y sus entidades son consideradas inaplicables a este último campo. Particularmente ilustrativa al respecto resulta el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de París en el caso *Myrtoon Steamship* de 1957 al señalar que *"la prohibición* [de comprometer en árbitros] *se circunscribe a los contratos domésticos y no se aplica a los contratos de carácter internacional"*[63]. Este tratamiento jurídico diferenciado resulta consistente con la tendencia a reconocer una amplia arbitrabilidad subjetiva en dicho ámbito, restando prácticamente toda virtualidad a las restricciones establecidas por el derecho interno.

El panorama en España es sustancialmente similar.

Por regla general, se admite el arbitraje en las contiendas que se susciten respecto de la hacienda pública estatal[64] mediando real decreto acordado en Consejo de Ministros con previa audiencia del Consejo de Estado en pleno[65]. Idénticos requisitos son exigidos por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas[66] respecto de los contratos comprendidos en su ámbito

dación de los contratos de obras, suministros y servicios. En sentido concordante, ver en idioma castellano, Salcedo Castro, "La arbitrabilidad subjetiva ...", *ob. cit.* en nota 22, pp. 119-120 y Rosa Moreno, "El arbitraje administrativo", *ob. cit.* en nota 22, pp. 86-88.

62. De Laubadère, Venecia, Gaudemet, "Traité de Droit Administratif", I, *ob. cit.* en nota 58, p. 300.
63. La Corte de Casación francesa adoptó similar posición en el año 1966 en el caso Galakis. Ver, así, Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 319; De Laubadère, Venecia, Gaudemet, "Traité de Droit Administratif", I, *ob. cit.* en nota 58, p. 300.
64. De conformidad con el artículo 5.1 de la Ley General Presupuestaria N° 47/2003 del 26 de noviembre de 2003, "*La Hacienda Pública estatal está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos*".
65. Artículo 7.3 de la Ley General Presupuestaria N° 47/2003 del 26 de noviembre de 2003. La disposición es idéntica al artículo 39 de la anterior Ley General Presupuestaria (de acuerdo con el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, del 23 de septiembre). Una norma similar respecto de los bienes y derechos del patrimonio del Estado se encuentra en el artículo 31 de la Ley 33/2003 del 3 de noviembre de 2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
66. Artículo 60.2 del texto refundido por el Real Decreto Legislativo N° 2/2000 del 16 de junio de 2000.

de aplicación[67] y por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con los bienes y derechos del patrimonio del Estado[68], entre otras leyes[69].

Aunque, por el momento sin mayor trascendencia práctica, cabe destacar que en el marco del procedimiento administrativo, el artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[70] autoriza el arbitraje, entre otros mecanismos alternativos, como sustituto del recurso de alzada –recurso jerárquico en la terminología utilizada en el derecho argentino– y del de reposición, sujeto a que leyes especiales así lo dispongan[71].

67. Para una enumeración de los contratos excluidos, ver el artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En relación con los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que en aquéllos que se celebren con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles y en los que sean suscriptos con empresas extranjeras "*... se procurará cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros*" (artículos 117.2 y 117.3).
68. Artículo 31 de la Ley 33/2003 del 3 de noviembre de 2003.
69. Para una enumeración más exhaustiva de las referencias al arbitraje en normas de derecho público, ver De Martín Muñoz, Alberto e Hierro Anibarro, Santiago (Coordinadores), "Comentario a la ley de arbitraje", Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 79-83.
70. Ley 30/1992, del 26 de noviembre de 1992.
71. El artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece así que: "*Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley*". Al respecto, la doctrina española ha señalado la inutilidad práctica del precepto por la remisión que efectúa a las leyes sectoriales, habiéndose pronunciado, asimismo, sobre la necesidad de intensificar la promoción del arbitraje en el derecho administrativo. Ver, así, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", II, Thomson Civitas, 9º edición, Madrid, 2004, p. 557; Rosa Moreno, "El arbitraje administrativo", *ob. cit.* en nota 22, pp. 97-98 y 129; Maresca Cabot, Juan Carlos, "El arbitraje en el Derecho Administrativo", en el boletín nº 7 de la *Associació Catalana per a L'arbitratge*, Tribunal Arbitral de Barcelona, p. 47. Sobre la última oración del artículo 107.2, García de Enterría y Fernández hacen notar la escasa claridad del precepto y la consiguiente dificultad de comprenderlo. En su opinión, la última parte de la norma estaría indicando que "*... los órganos colegiados o comisiones específicas que puedan establecerse por las Leyes para resolver estos procedimientos alternativos en el ámbito local habrán de limitarse a formular meras propuestas de resolución y elevar a éstas a la ulterior decisión de los órganos representativos de cada Corporación, órganos que son expresión del principio democrático*". Ver, así, García de Enterría y Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", II, ob. cit nota 71, p. 557.

Distinta es la situación en lo que respecta al arbitraje internacional, ante la sanción de la nueva Ley de Arbitraje N° 60/2003 del 23 de diciembre de 2003. Inspirada en este aspecto en el régimen jurídico suizo[72], el artículo 2.2 de la nueva ley dispone que *"cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral"*.

De ese modo, la norma ha establecido una regla material en función de la cual el convenio de arbitraje prevalece sobre las normas nacionales aplicables a la parte estatal, aun aquéllas de carácter imperativo o de orden público interno[73]. De ello se deriva que el Estado y sus entidades se encuentran impedidos de alegar la falta de arbitrabilidad subjetiva fundándose en su legislación interna[74]. Aún cuando podrá debatirse el grado de eficacia de semejante disposición ante la eventual sanción de normas de grado similar en sentido contrario, la nueva regulación del arbitraje denota la voluntad de las autoridades españolas de compatibilizar su régimen jurídico con el desarrollo del arbitraje internacional, de modo tal que su propio derecho interno no constituya un límite para ello.

El panorama en el derecho argentino es sustancialmente más complejo[75].

72. Mantilla-Serrano, Fernando, "Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional", Iustel, Madrid, 2005, p. 48.
73. *Ibid.*
74. De Martín Muñoz e Hierro Anibarro (Coordinadores), "Comentario a la ley de arbitraje", *ob. cit.* en nota 69, pp. 751-752.
75. Como bien expresaba Velar de Irigoyen hace más de 50 años, "*la concertación del arbitraje en los contratos en que la Nación es parte, lejos de haber logrado abreviar la solución de las divergencias, y que es lo que constituye la esencia del arbitraje, ha sido fuente fecunda de litigios de carácter previo para establecer en forma inequívoca la procedencia o improcedencia del arbitraje, su extensión o límites, su legalidad o la capacidad del Estado para obligarse por ese procedimiento*". Cfr. Velar de Irigoyen, Bernardo, "El Estado y la cláusula arbitral. Resultados de una experiencia", La Ley 60-949, p. 953 (1950).

En relación al Estado y su aptitud para comprometer en árbitros, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado del tema, sin efectuar distinción, en general, entre el arbitraje local y el internacional.

La principal discusión en este sentido se centra en el alcance a otorgar al anterior artículo 100 (actual artículo 116) de la Constitución Argentina[76].

Para un sector de la doctrina, en la medida en que dicha norma establece la jurisdicción federal exclusiva en *"los asuntos en que la Nación sea parte"*, no sería constitucionalmente válido sustraer esa clase de conflictos de los tribunales federales para dirimirlos en arbitraje.

Por esa posición se pronunció el entonces Procurador del Tesoro de la Nación Enrique Bacigalupo en su dictamen del 25 de junio de 1973[77], al señalar que: *"... al estar dispuesto en la Constitución que las causas en que la Nación es parte son de competencia de la justicia nacional (art. 100), es claro que ello no solo no resulta modificable por la voluntad de las partes (art. 1197 Cód. Civ.) sino que tampoco lo es por ley del Congreso, dado que éstas no pueden alterar lo reglado por la Constitución"*[78].

76. Ver, al respecto, Bianchi, Alberto B., "Los poderes del Congreso para crear y reglamentar la jurisdicción de los tribunales federales", La Ley 1992-B, p. 863 y "El Estado ante el arbitraje", La Ley 2005-B, 1145.
77. Dictámenes 125:382. Entre otras razones, el Procurador fundó su posición en un fallo de la Corte Suprema del año 1936 –"Compte y Cía., Miguel c/ Ybarra y Cía.", Fallos: 176:218-, en el cual el más alto tribunal declaró inválida una cláusula de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de Sevilla en un contrato de fletamento de carácter internacional entre dos partes privadas. La Corte entendió que la jurisdicción federal en materia marítima no podía ser prorrogada por acuerdo de partes incluso en contratos de carácter internacional a la luz de lo previsto en el artículo 1091 del Código de Comercio que establecía que "*el contrato de fletamento de un buque extranjero que haya de tener ejecución en la República debe ser juzgado por las reglas establecidas en este código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República*". Relacionado dicho artículo con el inciso 10 del artículo 2 de la ley 48, el alto tribunal consideró que la justicia federal resultaba competente con carácter exclusivo. Pese a la interpretación restrictiva que efectúa la Corte Suprema, abandonando en el caso su doctrina de Fallos: 138:62, no parece posible deducir de ella que el máximo tribunal haya considerado que el artículo 100 –hoy 116- de la Constitución Nacional prohíbe la prórroga de jurisdicción federal en razón de la materia aún cuando fuera dispuesta por ley del Congreso. La Corte fundó sus conclusiones esencialmente en argumentos de rango legal más que de naturaleza constitucional.
78. Este criterio fue inicialmente esbozado en un dictamen del entonces Procurador General de la Nación José Nicolás Matienzo (Fallos: 129:243, publicado en J.A. 3-349) y encontró recepción, asimismo, en alguna jurisprudencia de la Cámara Federal de la Capital Federal –Unión de Fabricantes de Tejidos de Yute de España c/ la Nación, J.A. 40-336), así como en disidencias de los Ministros de la Corte

Suprema Nazar Anchorena y Ramos Mejía (Fallos: 194:155). Ver, asimismo, Spota, Alberto G., "La cláusula compromisoria en el derecho administrativo", J.A. 1943-I, 603, p. 604 nota al pie 1. Resulta interesante transcribir las palabras vertidas por Matienzo en aquella oportunidad por la particular desconfianza que expresa respecto del arbitraje: "*La constitución nacional coloca entre las atribuciones del poder judicial el conocimiento y decisión de los asuntos en que la nación sea parte (artículo 100). Comentando una disposición análoga de la Constitución de los Estados Unidos, dijo Hamilton que cualquier otro plan sería contrario a la razón, a los precedentes y al decoro. No parecen haber entendido lo mismo los gobiernos argentinos que han convenido con empresas particulares someter los asuntos de la nación a la decisión de árbitros o de arbitradores. Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el poder ejecutivo con el acuerdo de la cámara de senadores, sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y de la opinión pública y son legalmente responsables ante el congreso. Sus fallos están así rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la nación puede entregarles en confianza la solución de sus contiendas con el interés privado. Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento, y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidad de los jueces permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas con casos y circunstancias diversas, como ocurre con aquellos jueces. De ahí que, salvo raras excepciones, el arbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra; y de ahí que el tercero en discordia prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho al que lo tiene. Así, no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no sólo por su origen, sino por su contenido. Se explica que los particulares poco seguros de su derecho pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es, en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del poder judicial de la nación que aparece apartado como inútil o ineficaz. Estas consideraciones, si no fueran suficientes para demostrar la inconstitucionalidad de someter a árbitros los asuntos en que la nación es parte, bastan, por lo menos, para justificar que toda duda sobre la procedencia del arbitraje en los asuntos de la nación se resuelva en favor de la jurisdicción de los tribunales permanentes. Como quiera que sea, hay una distinción que me parece indispensable hacer. La nación puede obrar como persona jurídica o en su calidad de entidad soberana. En el primer caso, pudiera admitirse la discusión acerca de la procedencia del arbitraje; en el segundo caso, no. El soberano abdicaría su dignidad si sometiera al fallo de árbitros privados la existencia o extensión de sus facultades gubernativas. La sentencia apelada no ha hecho esta distinción e interpreta el art. 15 de la ley 2346 como obligando al gobierno a someter al juicio de arbitradores todas las cuestiones que surjan entre el poder ejecutivo y los concesionarios del canal de navegación entre el antepuerto del Riachuelo y la Estación Mitre, aunque alguna de esas cuestiones afecte las facultades constitucionales del Congreso. Yo creo que no es propio atribuir al Congreso esa intención. Lo que en mi entender quiso el congreso al dictar la disposición mencionada fué tan sólo someter a arbitraje las cuestiones en que la nación aparece como persona jurídica, como persona del derecho civil, en igualdad de condiciones que la otra parte contratante. El art. 15 dice textualmente así: 'Las cuestiones que surgieren entre los concesionarios y el poder ejecutivo 'sobre la manera de cumplir las obligaciones que la ley de concesión les impone' serán sometidas al juicio de arbitradores nombrados por una y otra parte, debiendo éstos nombrar, antes de empezar su tarea, un tercero para el caso de discordia, quien fallará definitivamente en los asuntos que le fueren sometidos'. Cuestiones sobre la manera de cumplir las obligaciones impuestas a los concesionarios serían las relativas al plazo señalado para la realización de los trabajos, a la conformidad de las obras con los planos, a la calidad de los materiales y otros semejantes. Pero la duda sobre si la empresa tiene derecho a percibir el impuesto de permanencia en el puerto no se refiere a la manera de cumplir sus obligaciones, sino a la facultad del congreso para establecer esa clase de impuestos, facultad en que la nación obra en calidad de potencia soberana. Está bien que los tribunales creados por la constitución decidan sobre el alcance de las facultades del congreso; pero sería impropio y peligroso violentar el sentido expreso de una cláusula de concesión para autorizar a los empresarios particulares a nombrar árbitros que resuelvan definitivamente sobre el ejercicio de los poderes constitucionales. Por estas consideraciones y las expuestas por el Ministerio Fiscal en 1ª y 2ª instancia, pido a V.E. se sirva declarar que este asunto corresponde a la justicia federal, revocando la sentencia de la cámara de la capital, con costas*".

En una variante de esta primera posición, autores como Bidart Campos[79] efectuaron ciertas distinciones basadas en una particular interpretación del precepto constitucional. Para ellos, la jurisdicción federal en los asuntos en que la Nación sea parte podrá válidamente prorrogarse desde una perspectiva constitucional únicamente cuando ella surgiera en razón de la persona. En cambio, en el caso que la jurisdicción federal correspondiera en razón de la materia, ello constituiría un obstáculo constitucional para la prórroga, toda vez que en esos casos la Constitución prescribe la jurisdicción federal para "... *todas* las *causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras*", resultando ella, entonces, exclusiva y excluyente de cualquier otra[80].

La Corte Suprema tiene dicho que la jurisdicción federal establecida por la Constitución Nacional para los juicios en que la Nación es parte no excluye la jurisdicción arbitral[81]. Sin embargo, los casos y requisitos bajo los cuales se admite el consentimiento del Estado a arbitraje no han encontrado una clara respuesta en la jurisprudencia de la Corte Suprema[82]. Si bien es

79. Ver, así, Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", T. III, EDIAR, Buenos Aires, 1997, p. 477. En relación con el ámbito internacional, este autor limitaba su interpretación sobre la inconstitucionalidad de la prórroga de jurisdicción federal en razón de la materia a la prórroga en favor de tribunales extranjeros, no de tribunales internacionales (*Ibid.*, p. 556).

80. Por una posición alternativa sobre la arbitrabilidad del Estado se pronunciaba el Profesor Miguel S. Marienhoff. Apartándose de las posiciones precedentes, Marienhoff sostenía que la facultad de comprometer en árbitros constituía una atribución del Poder Ejecutivo, cuando éste resultara constitucionalmente admisible. En su opinión, no podía verse en ello una excepción al fuero federal, sino el mero ejercicio de una competencia constitucional propia de ese poder del Estado que derivaba de sus atribuciones de administración general. Ver Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 599.

81. Fallos: 178:293 del 16 de agosto de 1937. Entre otros autores, Bielsa sostenía que el artículo 100 de la Constitución no tiene otro objeto que el de delimitar la competencia de los tribunales federales, pero de ningún modo excluye la jurisdicción arbitral. Añadía que "... *es elemental que todo el que en caso contencioso debe someter sus decisiones a la justicia federal, puede obligarse, por contrato, a un compromiso arbitral, a menos que sea una cuestión de orden público, o que la ley expresamente lo prohíba* (...) *no es inoportuno agregar que la solución arbitral está consagrada en el derecho público y hasta es obligatoria en ciertos casos. Y eso explica la misma naturaleza y substancia moral del arbitraje. Por ejemplo, el arbitraje es un procedimiento obligatorio en contratos administrativos como el de obras públicas (ver arts. 38, 39, 41 y 71 de la ley 775), y en el de concesión; de ahí que leyes como la nº 3885, sobre concesión del puerto de Rosario, instituyen el arbitraje, siendo la Nación parte (art. 13). Es también aplicable el arbitraje para determinar la indemnización de daños y perjuicios causados por mal servicio telegráfico*". Ver Bielsa, Rafael, "Estudios de Derecho Público", I, Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 286 y 306-307.

82. En similar sentido se pronuncia Bianchi, "Los poderes ...", *ob. cit.* en nota 75, p. 875.

posible extraer de ella algunos principios en la materia, subsisten ciertos interrogantes, producto de algunas imprecisiones y la falta de delimitación concreta de los límites a partir de los cuales no resulta admisible el compromiso en árbitros.

En líneas generales, el alto tribunal ha sostenido que nada obsta a que el Estado comprometa en árbitros en aquellos casos en que actúa como persona jurídica[83] o cuando una ley así lo autorice[84]. Por el contrario, el arbitraje se hallaría vedado en

83. En *Gerardo Pagano c. Estado Nacional s/ constitución de tribunal arbitral* (Fallos: 133:61), la Corte sostuvo que "*... ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el estado como persona jurídica, a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida dicha institución por la ley e incorporada a un contrato, como en el caso de autos, debe producir los efectos que en términos generales establece el art. 1197 del código civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes ...*". No puede omitirse señalar que en ese caso la Corte se expidió sobre la procedencia del arbitraje en un contrato de naturaleza administrativa. A la luz de los artículos 38 y 39 de la ley 775 de obras públicas, derogada por la actualmente vigente ley 13.064, el máximo tribunal ordenó la constitución de un tribunal arbitral para dirimir una controversia suscitada en relación con un contrato para la construcción del hospital común regional de Río Negro. Un caso similar se presentó en *Puerto de Rosario c. Gobierno Nacional* (Fallos: 152:347 del 26 de septiembre de 1928). La controversia se originó por desavenencias en el marco de un contrato para la construcción y operación de un puerto comercial en la ciudad de Rosario, en cuyo texto se había estipulado una cláusula arbitral para dirimir las dificultades que podrían suscitarse (el artículo 13 de la ley 3885 que había autorizado y dispuesto los términos generales a los cuáles debía sujetarse la contratación autorizaba al Poder Ejecutivo "*... para aceptar la jurisdicción arbitral en el contrato que firme con el concesionario*"). De la lectura de la ley 3885, en cuyo marco se había procedido a la contratación, se puede colegir que el contrato no era sino una suerte de concesión de obra pública. No obstante ello, la Corte Suprema entendió que el recurso al arbitraje era procedente en tanto la cláusula compromisoria se refería al Estado en su carácter de persona jurídica y consideró que la Nación no actuaba en el caso como "*... entidad política soberana y en su carácter exclusivamente público dentro del cual le incumbe la función de percibir las rentas y darles la correspondiente aplicación ...*". En *Nicolás Mihanovich Ltda. c. Fisco Nacional* (Fallos: 160:134 del 18 de marzo de 1931), el alto tribunal sostuvo: "*que existiendo en las leyes generales la determinación del juicio arbitral, y habiendo declarado los tribunales del fuero competente, que ha llegado el caso de convocar los árbitros, nada se opone a que el fisco, como persona jurídica, se someta a la jurisdicción arbitral, toda vez que dentro de aquel carácter y en sus relaciones con los particulares, le comprenden los códigos comunes*". Puede observarse a partir de los fallos citados que (i) en todos los casos mediaba una ley que autorizaba o disponía el arbitraje y (ii) la Corte se refiere al Estado como persona jurídica (acogiendo la teoría de la doble personalidad del Estado) tanto en el caso *Pagano* como en *Puerto de Rosario* cuando difícilmente pudieran calificarse los respectivos contratos como "de derecho común". En opinión de Marienhoff, esta última suerte de contradicción de la Corte Suprema se debe a una confusión respecto de la calificación de la naturaleza del contrato. Ver Marienhoff, "Tratado de Derecho ...", III-A, *ob. cit.* en nota 80, p. 597. En *Cía. Ítalo Argentina de Electricidad v. La Nación s/ constitución de tribunal arbitral* (Fallos: 178:293 del 16 de agosto de 1937), la Corte Suprema admitió el arbitraje pactado en un contrato de compraventa de energía eléctrica para el puerto de la Capital Federal, en tanto sostuvo que "*... es evidente que el Estado puede actuar también como simple persona jurídica, que contrata como un ente de derecho privado ...*".

84. En el caso "*Guido Simonini c. La Nación*" (Fallos: 194:155 del 4 de noviembre de 1942), controversia relativa a la interpretación de un contrato sobre servicio de alumbrado público y privado, cuya

aquellas cuestiones que lo afecten como poder público o en las atribuciones de la soberanía[85].

Diversas han sido las interpretaciones que los autores han construido a partir de los pronunciamientos de la Corte. Para cierto sector de la doctrina el tribunal supremo admitiría el arbitraje en los contratos "de derecho privado" de la Administración sin que resulte necesaria ley alguna al respecto y exigiría autorización legislativa en los contratos administrativos propiamente dichos[86]. Otros autores han entendido que únicamente procedería el arbitraje cuando el Estado actuara como persona jurídica[87]. Por último, para una tercera posición, tanto en el campo del derecho público como del derecho privado debería mediar una ley que autorice el sometimiento a árbitros[88].

naturaleza administrativa difícilmente pudiera ser cuestionada, la Corte no efectuó distinciones en relación al carácter en virtud del cual fue celebrado el contrato y clarificó que de sus fallos se derivaba "*la validez del compromiso arbitral en los contratos en que es parte el gobierno de la nación, cuando éste, autorizado por una ley, ha creído conveniente pactarlo ...*". Por su parte, en *Cayetano Paino v. Nación Argentina y Soc. Arrigo Hnos.* (Fallos: 235:940), la Corte sostuvo "*que en materia de competencia, el texto constitucional invocado establece que la tendrán los tribunales nacionales para conocer y decidir de todos los asuntos en que la Nación sea parte; principio general que ha sido interpretado por esta Corte en el sentido de que no obsta al sometimiento de esos asuntos a la jurisdicción arbitral cuando así se hubiere pactado en contratos de acuerdo con leyes especiales dictadas por el Congreso o cuando la Nación actuare como persona jurídica*".

85. En *Cía. Ítalo Argentina de Electricidad v. La Nación s/ constitución de tribunal arbitral* (Fallos: 178:293 del 16 de agosto de 1937), la Corte Suprema sostuvo que no eran susceptibles de ser comprometidas en árbitros las cuestiones que afecten al Estado como poder público o las atribuciones de soberanía. En el caso, la Corte resolvió que la discusión relativa al precio de la unidad eléctrica a partir de determinada fecha en el marco de un contrato de compraventa de energía para satisfacer las necesidades del puerto de la Capital Federal no afectaba atributo de la soberanía alguno.

86. Ver Marienhoff, "Tratado de Derecho ...", III-A, *ob. cit.* en nota 80, p. 595 y siguientes. Sin embargo, este autor disiente con la doctrina de la Corte (ver nota al pie 80 al presente trabajo).

87. Esta parece ser la lectura que realizaba Zavalía de los pronunciamientos de la Corte con anterioridad a 1941 al afirmar que "*la Corte Suprema en reiterados fallos ha sentado el juicioso principio de que si en los contratos en los cuales la Nación actúa como persona jurídica, se ha pactado el arbitraje, nada se opone a que los representantes de aquella concurran a constituir el tribunal*". Ver Zavalía, Clodomiro, "Derecho Federal", I, Compañía Argentina de Editores, 3° edición, Buenos Aires, 1941, pp. 413-414).

88. Al respecto, afirmaba Velar de Irigoyen que en relación al arbitraje deben tenerse en cuenta "*... las orientaciones que surgen de los fallos judiciales sin perdernos en disquisiciones doctrinarias. Partamos de la base de que ningún precepto constitucional impide, en principio, que la Nación concierte arbitraje cuando actúa en el carácter de persona jurídica; que el compromiso encuentra un límite en lo que pueda afectar el orden público o el ejercicio de la soberanía, y para no caer en el error, dado que esas expresiones no pueden ajustarse a reglas fijas, creemos que lo razonable es su aceptación para cuestiones de hecho, de carácter técnico y meramente patrimoniales y, en todos los casos, que el arbitraje haya sido autorizado por ley*". Ver Velar de Irigoyen, "El Estado y la cláusula ...", *ob. cit.* en nota 75, p. 953. Alberto G. Spota opinaba que el artículo 100 de la Constitución

Tampoco existe acuerdo en relación a los límites materiales que la Corte ha establecido para la admisibilidad del arbitraje. En este sentido, referencias a conceptos tales como el de orden público, la soberanía y la afectación al Estado como poder público permitirían distintas lecturas[89].

Los pronunciamientos de la Corte no permitirían sostener que el arbitraje se encuentre prohibido en materia de contratos administrativos. Del mismo modo que en los supuestos en que la Administración actúa en el campo del derecho privado puede recurrir al arbitraje porque la ley común así lo admite[90], para comprometer en árbitros en el ámbito del derecho administrativo resultaría necesaria una autorización legislativa otorgada en términos generales o particulares.

Los límites que la Corte Suprema ha establecido a la jurisdicción arbitral, más que fundarse en la naturaleza del contrato o la materia de la controversia –federal o común– parecen haberse centrado en declarar que las cuestiones que afectan el orden

Nacional (hoy 116) no prohíbe la función del árbitro –a la que no caracterizaba como jurisdiccional–, porque ella no importa sustraer la jurisdicción acordada al fuero federal por la norma suprema. Agregaba a ello, con apoyo en "*Guido Simonini c. La Nación*" (Fallos: 194:155), que "*la Administración no puede comprometer en árbitros una cuestión sin que ostente una atribución expresa del legislador (art. 1881, inc. 3°, C.C.). Cuando la Administración actúa en la esfera mercantil o civil, le es aplicable lo dispuesto por las leyes civiles o mercantiles que imponen el arbitraje forzoso, v. gr., en materia de locación de servicios (art. 1627, C.C.) o en los supuestos ya recordados del derecho marítimo. Además, el derecho administrativo local, organizado por el legislador también local, puede autorizar o imponer a la Administración el arbitraje: tal es lo que ocurre con las pertinentes disposiciones de las leyes de obras públicas. En estos supuestos, el legislador provincial actúa dentro de las esfera de su órbita, al organizar un derecho que, como el administrativo, es local, salvo en la materia delegada al poder central (arts. 104 a 107, Const. Nac.)*". Ver Spota, "La cláusula compromisoria ...", *ob. cit.* en nota 78, p. 614.

89. Ver, entre otros, Bielsa, "Estudios de Derecho Público", I, *ob. cit.* en nota 81, pp. 286 y 306-307; Velar de Irigoyen, "El Estado y la cláusula ...", *ob. cit.* en nota 75, p. 953; Spota, "La cláusula compromisoria ...", *ob. cit.* en nota 78, p. 603 y siguientes. Este último autor, expresaba sobre el punto: "... *así como el particular no puede dejar de lado aquellas leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres (arts. 21 y 953, C.C.), así también el Estado no puede comprometer en árbitros nada que proceda incluir en esa materia donde se cierne la publica utilitas*" (*Ibid.*, p. 608).

90. Al respecto, y estrechamente vinculado con la teoría del órgano, se ha debatido si resulta aplicable al Poder Ejecutivo lo dispuesto en el artículo 1881, inciso 3, del Código Civil que exige poder especial –ley especial en el caso- para transigir, comprometer en árbitros y prorrogar jurisdicciones. Ver sobre el punto Spota, "La cláusula compromisoria ...", *ob. cit.* en nota 78, p. 614; Marienhoff, "Tratado de Derecho ...", III-A, *ob. cit.* en nota 80, pp. 599-601

público no son susceptibles de comprometerse en árbitros, independientemente del ámbito –público o privado– en el que el Estado actúe.

Particular relevancia en esta materia asume el análisis efectuado por el Procurador General de la Nación Oscar Freire Romero el 4 de septiembre de 1974 en la causa *"Yacimientos Petrolíferos Fiscales v. S.A. Sargo Argentina"*[91]. Sostuvo él en esa ocasión que la prórroga de la jurisdicción federal en favor de tribunales arbitrales no encontraría óbices constitucionales sea que dicha jurisdicción correspondiera en razón de las personas o de la materia, en tanto la prórroga fuera dispuesta o autorizada por ley del Congreso, órgano que posee el poder privativo de establecer y determinar la jurisdicción y competencia de la justicia federal.

Para así opinar, el Procurador se apoyó parcialmente en doctrina y jurisprudencia norteamericana en relación con el artículo III, sección segunda, de su Constitución –fuente inspiradora de los actuales artículos 116 y 117 de la Constitución Argentina– que confiere al Congreso la potestad de (i) crear los tribunales inferiores y determinar la extensión de su jurisdicción en el grado y carácter que estime adecuado para el bien público y (ii) establecer los casos en que procede la jurisdicción apelada de la Suprema Corte[92].

91. Fallos: 290:458.
92. El Procurador concluyó que "*... corresponde interpretar el art. 100 de nuestra Ley Fundamental, en lo concerniente al carácter de la jurisdicción de los tribunales federales inferiores, de igual manera a como lo ha sido su fuente, el Art. III, sec. 2a., de la Constitución de los Estados Unidos, habida cuenta, además, que el art. 94 de nuestra Carta, análogo al Art. III, sec. 1a. de la norteamericana tampoco utiliza términos inexcusablemente imperativos acerca de la creación de tribunales federales inferiores*". Recordó el Procurador que, en sus fallos, la Corte Suprema argentina ratificó, por ejemplo, la potestad del Congreso de eliminar por completo la competencia federal de los tribunales inferiores cuando existieran motivos razonables que así lo justificaran. Sostuvo así en junio de 1904 (Fallos: 99:383): "*Que no obstante la generalidad de los términos de los art. 67, inc. 17, 94 y 100 de la constitución, que disponen que el poder judicial de la nación, en los casos regidos por las leyes nacionales y otros, fuera de los códigos, será ejercida por una corte suprema de justicia y por los demás tribunales inferiores que el congreso establezca, aquéllos han sido siempre entendidos en la república y en los Estados Unidos, cuya constitución es la fuente reconocida de los mismos, en el sentido de que ni se oponían a exclusiones completas de los tribunales federales en caso de no existir los propósitos que los informan, por la escasa importancia civil o penal de dichos casos, u otros motivos, ni a la investidura de jurisdicción en distintas autoridades, con recurso para ante los tribunales referidos ...*".

Pese a compartir, en términos generales, la interpretación desarrollada por la Suprema Corte norteamericana, el Procurador se apartó de ella en relación con la jurisdicción apelada del máximo tribunal argentino. Mientras que en aquel país, se ha sostenido mayoritariamente que el Congreso tiene poder suficiente para limitar e incluso excluir la competencia apelada de la Corte[93], el Procurador esbozó una posición diferente al entender que *"por ser constitucionalmente obligatoria la jurisdicción apelada de la Corte Suprema en materia federal, las cuestiones del mismo carácter sustraídas por el legislador al conocimiento de los jueces inferiores de la Nación, no pueden quedar, por esa circunstancia, excluidas de revisión por parte de aquel Tribunal"*[94].

La Corte Suprema estimó innecesario considerar en el caso si el artículo 100 de la Constitución impediría comprometer en árbitros las causas en que la Nación es parte. Toda vez que el compromiso arbitral preveía la posibilidad de impugnar el laudo por nulidad, el alto tribunal consideró inoficioso referirse a la factibilidad de excluir la competencia apelada de la Corte al no cuestionarse la admisibilidad del recurso extraordinario contra la sentencia que rechaza la pretensión anulatoria[95]. Agregó también que *"... al admitir el compromiso arbitral recurso por nulidad del laudo, en el caso –supuesto de jurisdicción interna en que no se cuestionan poderes públicos del Estado y promedia expresa autoriza-*

93. Ver Tribe, Laurence H., "American Constitucional Law", The Foundation Press, Nueva York, 1978, p. 33 y siguientes; Gunther, Gerald, "Constitutional Law", The Foundation Press, 11° edición, Nueva York, 1985, p. 40 y siguientes; Corwin, Edward S., "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", editorial Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 294, entre muchos otros.
94. Sobre el punto, el hecho que el actual artículo 117 de la Constitución al hacer referencia a la jurisdicción apelada de la Corte Suprema la condicione a *"las reglas y excepciones que prescriba el Congreso"* otorga sustento suficiente para apartarse de esa posición y entender que el Congreso puede restringir y excluir la competencia federal, se trate tanto de tribunales inferiores como de la Corte Suprema. La reforma efectuada oportunamente al CPCC por la ley 23.774, autorizando a la Corte Suprema de Justicia a no ejercer su competencia apelada en aquellos supuestos que se consideren insustanciales o carentes de trascendencia resulta un claro ejemplo de ello. Tanto en los Estados Unidos como en la Argentina el límite de la intervención del Congreso se encuentra en que se trate de jurisdicción apelada. Por el contrario, desde "Marbury v. Madison" (1 Cranch 137 (1803)) en los Estados Unidos y el caso "Sojo" (Fallos: 32:120 (1887)) en la Argentina, los altos tribunales de ambos países han sostenido invariablemente que, por el contrario, resulta ajena al Congreso la regulación de su competencia originaria por resultar ella propia de la normativa constitucional.
95. Fallos: 290:458, cons. 6.

ción específica del Congreso–, no cabe desconocer la existencia del proceso arbitral como actuación cumplida de las partes y del árbitro, pero sí juzgar de sus efectos jurídicos como se hace en la presente sentencia (...)"[96].

Similar posición adoptó la Procuración del Tesoro de la Nación, tras abandonar rápidamente el criterio sentado en el dictamen del 25 de junio de 1973, anteriormente referido. Señaló así el organismo asesor el 14 de agosto de 1973, en relación con la misma contratación sobre la que recayera el pronunciamiento referido y tan sólo dos meses después de su opinión anterior, mediante dictamen suscripto en esta ocasión por el entonces Subprocurador del Tesoro Adalberto Enrique Cozzi que "*... el art. 100 de la Constitución Nacional no se opone –no estando comprometido el Estado como poder público- a que éste se someta voluntariamente a jueces extranjeros, siempre que esa voluntad se manifieste por la genuina representación del pueblo, mediante una ley del Honorable Congreso de la Nación que lo autorice expresamente*".

Debe destacarse particularmente el referido dictamen por clarificar que el actual artículo 116 de la Constitución Nacional "*tiene únicamente el alcance de un deslinde dentro de la jurisdicción interna, que no alcanza a los casos en que, por aplicación de normas y principios de derecho internacional (público o privado), puede proceder la jurisdicción internacional extranjera*". Como bien se señaló en aquella ocasión, una lectura rígida de la disposición constitucional derivaría en situaciones absurdas, tales como sostener que el Estado no podría siquiera litigar en el extranjero o ante tribunales arbitrales o de justicia internacional como la Corte Internacional de Justicia.

Lo expuesto permite advertir que, en general, ni la Corte Suprema ni la Procuración del Tesoro de la Nación han distinguido el arbitraje local del internacional. En las raras excepciones en que tal distinción fue realizada –como, por ejemplo, en la

96. Fallos: 290:458, cons. 25.

opinión de Cozzi anteriormente señalada–[97] el análisis efectuado no profundizó respecto a las consecuencias que de ella podrían desprenderse.

Más allá de ciertas disidencias, parece existir cierto consenso en la doctrina y jurisprudencia en que la Constitución Nacional no prohíbe que el Estado comprometa en árbitros conflictos con particulares en materia de contratos administrativos o que involucren materia federal, siempre que una ley del Congreso así lo autorice con el único límite de las cuestiones que afecten el orden público[98].

Queda todavía pendiente, sin embargo, deslindar adecuadamente el régimen jurídico aplicable al arbitraje doméstico del internacional. En el actual estado del derecho comparado, la tendencia mayoritaria es la de reconocer una mayor amplitud de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva en este último campo. En ese mismo contexto internacional, la afirmación –reiterada por la doctrina y jurisprudencia nacional[99]– de que el Estado no puede comprometer en árbitros aquellas cuestiones que lo afectan como poder público o involucran el orden público parece haber perdido hoy en día vigencia.

97. La correcta limitación del ámbito de aplicación del artículo 116 de la Constitución Nacional al ámbito interno efectuada por el Subprocurador Cozzi no fue mantenida en recientes pronunciamientos. En ellos, no sólo nada se dijo sobre el ámbito de operatividad de dicho artículo, sino que en virtud de él –y en lo que puede calificarse como un retroceso en la materia– se afirmó la improrrogabilidad de la jurisdicción en favor de tribunales extranjeros en los casos en que corresponda la jurisdicción federal por razón de la materia. Ver, así, Dictámenes 253:55.

98. Tal es el caso de la ley permanente de presupuesto que faculta al Poder Ejecutivo a comprometer en árbitros en materia de contratación de préstamos con organismos internacionales económico-financieros en los que participe como miembro la República Argentina, sin perjuicio de la discusión sobre si la emisión de bonos por parte del Estado Nacional se trata efectivamente de un contrato y, eventualmente, la naturaleza administrativa o de derecho privado que reviste. Cabe recordar que, si bien no en relación con este tipo de préstamos a organismos internacionales, la Corte Suprema se inclinó en el caso "Brunicardi" por considerar que el empréstito público establece una relación de derecho público (Fallos: 319:2886).

99. Entre muchos otros casos, ver Fallos: 290:458 (27 de diciembre de 1974). Ver, entre otros, Marienhoff, "Tratado de Derecho ...", III-A, *ob. cit.* en nota 80, p. 595 y siguientes; Bielsa, "Estudios de Derecho Público", I, *ob. cit.* en nota 81, pp. 286 y 306-307; Velar de Irigoyen, "El Estado y la cláusula ...", *ob. cit.* en nota 75, p. 949 y siguientes; Spota, "La cláusula compromisoria ...", *ob. cit.* en nota 78, p. 603 y siguientes.

Si bien numerosas normas –tales como los tratados internacionales suscriptos por nuestro país y la ley 24.488– han permitido el sometimiento del Estado a arbitraje aún en materias que lo involucran en su carácter de poder público[100], subsisten todavía ciertas resistencias en la doctrina, vinculadas en general con una visión crítica de los procesos de globalización[101].

La Corte Suprema no se ha expedido expresamente sobre el punto en épocas recientes ni ha distinguido en detalle hasta el momento según se trate del arbitraje local o internacional. No obstante ello, un reciente pronunciamiento al que nos referiremos más adelante denota una visión restrictiva sobre la jurisdicción arbitral, que ha generado justificadas dudas respecto al futuro del arbitraje en la Argentina[102].

II.3 La revisión de laudos arbitrales en los que el Estado es parte

La revisión de laudos dictados en procedimientos arbitrales en los que el Estado es parte no presenta diferencias sustanciales con el sistema aplicable a aquellos laudos dictados en arbitrajes entre particulares.

Por lo general, las decisiones arbitrales son objeto de revisión limitada por parte de los tribunales de justicia en los casos en que (i) la parte vencida interpone un recurso de anulación o

100. El artículo 2 de la ley 24.488 en materia de inmunidad de jurisdicción de estados extranjeros establecen como una excepción a ella los casos en que el Estado "... *consienta expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos*". Si el Estado argentino admite la justiciabilidad de un Estado extranjero, sin distinción entre actos *iure imperi* e *iure gestionis*, cuando éste presta su expreso consentimiento, igual justiciabilidad en lo que a él respecta debería aceptar en función del principio de reciprocidad.

101. Ver, entre otros, Rosatti, "Los tratados bilaterales ...", *ob. cit.* en nota 5, p. 1283 y siguientes; Constante, Liliana B. y Corti, Arístides Horacio, "La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI", La Ley 2005-C, 1032; Casás, José Osvaldo, "Breves reflexiones –a raíz de una sentencia- sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional", La Ley 2005-A, 11.

102. Ver así C.S.J.N., "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento", Fallos: 327:1881 del 11 de junio de 2004.

(ii) la parte vencedora en un procedimiento arbitral internacional requiere su reconocimiento en el territorio de un Estado para su posterior ejecución.

II.3.1 La revisión de laudos ante recursos interpuestos por la parte vencida

Si bien excedería el propósito del presente trabajo realizar un análisis detallado de esta materia, sujeta a las particularidades de cada régimen legal, una primera aproximación al tema requiere en general distinguir entre los laudos dictados en procedimientos arbitrales nacionales y los emitidos en procedimientos arbitrales internacionales.

Arbitrajes nacionales. Los laudos emitidos en arbitrajes nacionales en los que el Estado es parte y tramitados de acuerdo al procedimiento previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC) –como, por ejemplo, los que se promuevan en función de lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 23.982– se encuentran sujetos a los recursos judiciales establecidos en ese cuerpo normativo.

Al respecto, el artículo 758 del CPCC dispone que de no renunciarse a ellos en el compromiso arbitral, procederán contra el laudo los recursos admisibles respecto de la sentencias de los jueces. A su vez, el artículo 760 establece que la renuncia a los recursos no obstará a la admisibilidad de los de aclaratoria y nulidad[103]. Este tipo de disposiciones indica una tendencia contraria a que el arbitraje se constituya en la instancia única de juzgamiento[104].

103. El recurso de nulidad de acuerdo a los artículos 760 y 761 del CPCC puede únicamente fundarse en la falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo, en haber fallado sobre puntos no comprometidos o en el hecho que el laudo contenga en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí. La instancia anulatoria no habilita, así, a revisar el pronunciamiento del tribunal arbitral en cuanto al fondo, su razonabilidad y equidad. En igual sentido, ver, entre otros, Caivano, "Arbitraje", *ob. cit.* en nota 8, p. 288 y siguientes.

104. Ver, en igual sentido, Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado", I, La Ley, 2° edición, Buenos Aires, 2006, p. 734.

Por otra parte, los laudos emitidos como consecuencia de procedimientos arbitrales regidos por normas específicas son susceptibles de revisión judicial en la medida y con el alcance que dichas normas dispongan. Tal era el caso, por ejemplo, del procedimiento de arbitraje ante el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, hoy disuelto[105].

En relación a la revisión de laudos arbitrales por parte de tribunales judiciales argentinos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha mantenido una posición uniforme.

Como principio general, el alto tribunal ha sostenido que contra *"... las decisiones de la jurisdicción arbitral pactada libremente por los interesados"* no caben *"... otros recursos que los consagrados por las respectivas leyes procesales"*[106] y que *"... la garantía según la cual todos los habitantes del país gozan del derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia ... es también renunciable, como se infiere de los precedentes citados y de aquellos en que se resolvió que no puede aducir desconocimiento de principios o garantías constitucionales el particular que, habiendo podido optar entre la vía judicial y la administrativa, elige esta última y, en virtud de ello, contribuye voluntariamente a provocar una decisión irrevisible de la Administración Pública ..."*[107].

105. El Tribunal Arbitral de Obras Públicas creado por decreto 11.511/47 y disuelto por el decreto 1349/01 estaba integrado por dos funcionarios del Estado y un representante de las empresas constructoras. Esta circunstancia había generado cuestionamientos respecto de su calidad de verdadero tribunal arbitral dada la ausencia de independencia de sus miembros respecto a las partes en conflicto. En atención a ello y al hecho que -como recuerda Bianchi ("El Estado nacional ante el arbitraje", *ob. cit.* en nota 75, p. 1405)-, el sometimiento al citado tribunal resultaba de carácter obligatorio para el Estado a opción del interesado, los ministros Petracchi y Fayt entendieron en su voto en disidencia en el caso Meller (Fallos: 325:2893) que no podía considerarse a dicho órgano como de naturaleza arbitral, sino una jurisdicción administrativa predispuesta (cons. 23). Como bien recuerda González Campaña ("Desnaturalización del arbitraje administrativo", La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, agosto 2004, p. 8), hasta el caso "Pirelli Cables c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones" (Fallos: 322:298 del 9 de marzo de 1999) la Corte consideraba que no cabía recurso judicial alguno contra las decisiones de ese tribunal. En fallos posteriores –Aion (29 de agosto de 2000) y Meller (5 de noviembre de 2002)- la Corte modificó esa posición al agregar seguidamente a dicha doctrina "... *ni se advierte arbitrariedad en la decisión atacada que justifique la intervención de esta Corte*", abriendo así la puerta para la revisión judicial de los laudos de ese tribunal en los supuestos de arbitrariedad.
106. Fallos: 237:392 del 5 de abril de 1957.
107. Fallos: 250:61 del 16 de junio de 1961.

Sin embargo, en algún precedente, la Corte ha reconocido como *obiter dictum* la potestad judicial de revisar laudos arbitrales excediendo el ámbito propio de los recursos dispuestos en las normas procesales. Señaló así en Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Limitada[108] del año 1975 que "*... el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto; y que si bien la apreciación de los hechos y aplicación regular del derecho es función del árbitro, no excluye que pueda ser impugnada judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o irrazonabilidad en que hubiese incurrido al laudar*".

El razonamiento de la Corte evita un examen concreto de los recursos disponibles, atribuyéndose potestades que, en ciertas ocasiones, excederían los límites establecidos a su competencia por la legislación procesal vigente. Bien puede sostenerse que los órganos judiciales son competentes para revisar tanto las cuestiones de fondo consideradas en el laudo como su razonabilidad en los supuestos en que las partes no han renunciado al recurso de apelación, pero semejante razonamiento carece de sustento similar en el caso en que se renunció a ese recurso y únicamente procede el limitado recurso de nulidad por expresa disposición del artículo 760 del CPCC.

Lo cierto es que el *obiter dictum* señalado dejó latente la posibilidad de que los tribunales judiciales ejercieran un mayor control de los pronunciamientos arbitrales, con independencia de los términos de los recursos previstos normativamente.

En esa senda incursionó el alto tribunal en su conocido pronunciamiento emitido en el caso "Cartellone" del año 2004[109].

108. Fallos: 292:223 del 7 de julio de 1975.
109. Ver así C.S.J.N., "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento", Fallos: 327:1881 del 11 de junio de 2004.

La actora había celebrado un contrato de obra pública en el que se había previsto el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia entre comitente y contratista, sujeto a la previa interposición de un reclamo en sede administrativa. Respecto del laudo, se había establecido que él sería definitivo e inapelable.

Habiéndose suscitado reclamos recíprocos que no pudieron resolverse en sede administrativa, las partes recurrieron a arbitraje para dirimir varias de las cuestiones debatidas y ratificaron en el compromiso arbitral la inapelabilidad del laudo.

Cartellone promovió demanda arbitral reclamando diferencias de precio supuestamente adeudadas por Hidronor, más los correspondientes intereses. El tribunal arbitral hizo lugar parcialmente a la demanda, ante lo cual Hidronor dedujo recurso de anulación en los términos de los artículos 760 y 761 del CPCC.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazó el recurso por entender que no se encontraban acreditadas las causales previstas en las referidas normas procesales, pues la mayoría de los agravios conducían a que el tribunal examinara la justicia o equidad del pronunciamiento arbitral, lo que no era posible en razón de que las partes habían renunciado a apelarlo. La Cámara sólo se pronunció respecto de la pretensión anulatoria fundada en haber fallado el tribunal arbitral *ultra petita* al decidir que la actualización de los reclamos de la actora debía efectuarse desde enero de 1985 en contra de lo dispuesto en el compromiso arbitral, en el que –según Hidronor– aquella parte había señalado que las sumas en cuestión estaban actualizadas a febrero del mismo año. La Sala rechazó, asimismo, este agravio.

Contra ese pronunciamiento, Hidronor interpuso recurso ordinario de apelación ante la Corte, el que fue concedido.

El alto tribunal revocó la decisión de la Cámara, haciendo lugar a la nulidad parcial por *ultra petita* por entender que los valores reclamados debían ser actualizados desde febrero de 1985. Se comparta o no la decisión sobre el punto, lo cierto es que la Corte tenía competencia para entender en ese agravio específico. Sin embargo, seguidamente, fue más allá de los límites del examen estricto de nulidad a fin de revisar y modificar los intereses aplicados en el laudo para fijar la suma adeudada al 1 de abril de 1991.

Para justificar su intervención en este último punto, ajeno a las causales de anulación establecidas en el CPCC, la Corte recurrió el *obiter dictum* vertido en Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Limitada citado anteriormente y sostuvo que "... *no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable. Que por aplicación de los principios expuestos, la renuncia formulada por las partes en el contrato y el compromiso no constituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses (...) [porque] (...) cuando el resultado obtenido se vuelve objetivamente injusto debe ser dejado de lado, en tanto dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (...) [La] obligación [del deudor] no puede exceder el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (arg. arts. 953, 1071 y 21 del Código Civil, Fallos: 318:1345; 320:158), en cuya observancia está interesado el orden público, que ha sido así vulnerado por la decisión arbitral en cuanto decidió la aplicación al caso de las tasas de interés referidas*".

El pronunciamiento de la Corte ha generado seria preocupación en la doctrina[110]. Las amplias causales invocadas en el fallo importan un preocupante desconocimiento tanto de las previsiones legales aplicables como de los principios fundamentales en la materia, acertadamente reconocidos por la Corte en decisiones anteriores. Suscitan, además, serias dudas respecto a la eficacia práctica del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en nuestro país.

La importancia de esta discusión hace suponer que el debate en esta materia dista de encontrarse concluido. No sería de extrañar que, como ha ocurrido en otros países, pronunciamientos como el mencionado impulsen aún más el intercambio de ideas y culminen a mediano plazo con un reconocimiento más firme de la autonomía e importancia del procedimiento arbitral.

Arbitrajes internacionales. En el caso de laudos dictados en procedimientos arbitrales internacionales, las legislaciones nacionales prevén, en general, que los tribunales de la sede del arbitraje cuentan con jurisdicción exclusiva para entender en las acciones de nulidad de laudos, en los términos y condiciones prescriptos por la ley local[111].

110. Entre otros, ver Morello, Augusto M., "Arbitraje internacional. Proyecciones", La Ley 2005-C, 1222; Marzorati, Osvaldo J., "Constitución Nacional y arbitraje"; Méndez, Héctor O., "Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso 'Cartellone'. Un lamentable retroceso", JA 2005-I-1310; Dioguardi, Juana, "El arbitraje ingresa solapadamente al Poder Judicial", La Ley Suplemento Actualidad del 9 de noviembre de 2004, p. 2.

111. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, pp. 887-888. Resulta interesante destacar la particular posición de la jurisprudencia francesa respecto de la anulación de laudos extranjeros ante los tribunales judiciales de la sede del arbitraje. En línea con decisiones emitidas por la Corte de Casación, un reciente pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de París del 25 de septiembre de 2005 ha afirmado que los tribunales franceses pueden reconocer un laudo extranjero que ha sido anulado en el país sede del arbitraje en la medida en que el laudo no resulte inconsistente con la ley francesa. El fundamento de esta decisión es que el fallo del tribunal judicial del lugar de sede del procedimiento arbitral carece de efectos internacionales, toda vez que la decisión de anulación se limita al ejercicio de potestades soberanas en el lugar del arbitraje. Siempre que se pretenda el reconocimiento y ejecución de un laudo en Francia, su validez será determinada por aplicación de la ley francesa. Ver, así, Cámara de Apelaciones de París, "Direction Générale de L'Aviation Civile de L'Emirat de Dubai v. International Bechtel Co., LLP", decisión del 29 de septiembre de 2005, Stockholm Internacional Arbitration Review 2005:3, p. 151, con comentarios de Philippe Pinsolle y Alexis Mourre. Nuestro país carece de normativa específica en materia de arbitrajes internacionales, con excepción de la regulación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros prevista en el CPCC y en tratados internacionales como la Conven-

No obstante ello, el arbitraje internacional presenta ciertas particularidades que obligan a formular distinciones en función del instrumento que rija el procedimiento. No será idéntico el tratamiento que se dispensará a un laudo dictado al amparo de un tratado internacional que a aquél emitido a la luz de las normas convenidas por las partes o indicadas por las reglas de conflicto de derecho internacional privado.

Así, en el supuesto que el arbitraje fuera conducido de acuerdo a reglas que las propias partes hubieran acordado –por ejemplo, aquéllas previstas por entidades especializadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la *American Arbitration Association* (AAA)–, el laudo podrá ser objeto de revisión judicial más allá de las renuncias que las partes pudieran haber efectuado. Ello será así en el caso que, por ejemplo, normas de orden público de algún Estado aplicables a un procedimiento arbitral –como el artículo 760 del CPPC argentino en relación con el recurso de nulidad– establezcan la irrenunciabilidad de su impugnación judicial. De allí la importancia que asume la sede del arbitraje en tanto será su legislación la que resultará, por lo general, aplicable a los procedimientos arbitrales tramitados y a los laudos dictados en su ámbito territorial de aplicación[112].

En cambio, de regirse el procedimiento arbitral por disposiciones contenidas en tratados internacionales, los Estados parte deberán respetar las previsiones que en materia de revisión allí se prevean. En tal sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impide a los Estados parte de un convenio internacional oponer sus normas internas como justificación para su incumplimiento[113].

ción de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y el Convenio CIADI. En consecuencia, resultan aplicables al arbitraje internacional las normas existentes en materia de arbitraje local (CPCC y ordenamientos vigentes) en aquellos supuestos en que éste tenga por sede territorios bajo sus respectivos ámbitos de aplicación.

112. Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 645.

113 Dispone así el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que "*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ...*".

El Convenio CIADI constituye un ejemplo de tratado internacional que contempla normas específicas sobre revisión de laudos. De conformidad con sus disposiciones, los laudos emitidos en procedimientos regidos por dicho tratado son obligatorios para las partes y no pueden ser objeto de apelación o cualquier otro recurso, excepto los de revisión, anulación y aclaración ante el mismo tribunal arbitral o un tribunal ad-hoc constituido por el CIADI, según el recurso interpuesto. En función de ello, los laudos emitidos conforme al Convenio CIADI no son susceptibles de revisión por parte de los tribunales nacionales[114].

II.3.2 Reconocimiento de laudos arbitrales

En caso de incumplimiento, los laudos arbitrales extranjeros condenatorios contra el Estado se hallan, por lo general, sujetos a un proceso de reconocimiento previo a su ejecución judicial. Por el contrario, los laudos condenatorios locales resultan ejecutables directamente, de acuerdo con las normas en materia de ejecución de sentencias contra el Estado.

A fin de encuadrar adecuadamente las diferencias, corresponde referirse brevemente, por un lado, a los conceptos de arbitraje internacional y laudo internacional y, posteriormente, a los de reconocimiento y ejecución.

114. Ciertos autores han cuestionado el sistema establecido en el Convenio CIADI por considerarlo contrario a la Constitución Nacional. Ver, así, entre otros, Rosatti, "Los tratados bilaterales ...", *ob. cit.* en nota 5, p. 1283 y siguientes; Constante y Corti, "La soberanía y los tribunales ...", *ob. cit.* en nota 101, p. 1032 y siguientes; Casás, "Breves reflexiones ...", *ob. cit.* en nota 101, p. 11 y siguientes. La posición señalada se encuentra relacionada a consideraciones políticas cuyo examen excedería el limitado ámbito de este trabajo. Basta advertir aquí que el citado convenio no cercena todo control de constitucionalidad. Lo único que prohíbe es la revisión de los laudos dictados en procedimientos arbitrales tramitados en su ámbito. El Estado mantiene la posibilidad de denunciar el Convenio y aún de efectuar un examen de constitucionalidad de sus disposiciones, así como las de los tratados bilaterales de inversión en procesos judiciales ante los tribunales argentinos, siempre que ello no implique la revisión ni el desconocimiento de los laudos. Los mencionados cuestionamientos parecen no advertir que una intervención como la pretendida no sólo importaría una violación del Convenio CIADI que privaría de todo sentido práctico al mecanismo arbitral allí previsto sino, también, el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Arbitraje internacional y laudo internacional. A los efectos del reconocimiento de laudos, las legislaciones no equiparan al arbitraje internacional con el laudo extranjero o internacional. Un arbitraje puede ser internacional y su laudo ser considerado de carácter local. A diferencia de los parámetros para definir la internacionalidad del arbitraje que van desde el domicilio de las partes hasta la transnacionalidad de las cuestiones vinculadas al acuerdo arbitral, los criterios para definir la "nacionalidad" de un laudo son, por lo general, dos: la sede del arbitraje o la ley que rige el procedimiento[115].

La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras no establece un criterio uniforme, aunque se inclina principalmente por el de la sede del arbitraje. Su ámbito de aplicación se extiende a todos los laudos extranjeros, considerando por tales a todos aquellos que se dicten en un Estado diferente de aquél donde se solicita su reconocimiento y ejecución[116]. Sin embargo, a fin de contemplar la diversidad existente en la materia, dispone seguidamente que ella será también aplicable a los laudos que –aún cuando hayan sido emitidos en el país donde se requiere su reconocimiento y ejecución– no sean considerados como "nacionales" por aplicación de un criterio diferente para definir la nacionalidad del laudo de acuerdo con lo previsto en la ley local[117].

115. Ver Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, pp. 652-653; Redfern y Hunter, "Law and practice ...", *ob. cit.* en nota 23, pp. 447-448; Caivano, "Arbitraje", *ob. cit.* en nota 8, pp. 322-323.

116. Ver Tawil, Guido Santiago y Zuleta Jaramillo, Eduardo (Directores), "El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 966.

117. *Ibid.*, pp. 966-967. El artículo 1(1) de la Convención de Nueva York establece que ella "... *se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución*".

De ese modo autoriza a los Estados que no definen la nacionalidad de los laudos a partir del criterio de la sede, sino del de la ley procesal, a aplicar la convención a laudos que no obstante haberse dictado en su territorio se hubieran regido por una ley procesal distinta a la local.

Reconocimiento y ejecución. El reconocimiento de un laudo consiste en su aceptación como título válido susceptible de ser ejecutado en el territorio del Estado. Tal reconocimiento se obtiene, por lo general, a través del procedimiento de *exequátur*. En el ámbito nacional, el procedimiento aplicable a los laudos arbitrales se encuentra regulado en el artículo 519 bis del CPCC y en diferentes convenciones internacionales[118].

La ejecución es, en cambio, la actividad jurisdiccional instada a petición de parte para obtener el cumplimiento forzoso de los términos del laudo[119].

Si bien no existe un régimen uniforme en la legislación interna de los países en materia de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, la Convención de Nueva York de 1958 –ratificada a la fecha por 137 naciones[120]– ha aportado cierta homogeneidad y permite extraer algunos principios generales.

118. Ver, al respecto, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (aprobada por ley 23.619), el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 (aprobado por decreto-ley 7771/56), la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II, aprobada por ley 22.921), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (aprobada por ley 24.322) y el Convenio CIADI (aprobado por ley 24.353).
119. Bien se ha señalado que corresponde diferenciar "... *dos conceptos en relación a la eficacia extraterritorial: el reconocimiento implica aceptación, por la autoridad requerida, de un derecho consagrado por la sentencia extranjera; la ejecución, por su parte, importa exigir por intermedio del juez la satisfacción material del derecho consagrado en la sentencia extranjera. Sin embargo, no hay ejecución sin reconocimiento, pero sí a la inversa. Las sentencias declarativas y las constitutivas sólo son objeto de reconocimiento, en cambio poseerán eficacia ejecutoria las de condena, siendo este efecto imperativo, el caso más común de la invocación de una decisión foránea*". Ver Colombo y Kiper, "Código Procesal ...", IV, *ob. cit.* en nota 104, p. 557.
120. Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (última visita 13 de agosto de 2006). La República Argentina ratificó la Convención de Nueva York el 14 de marzo de 1989, entrando ella en vigor para nuestro país el 12 de junio de ese mismo año.

El procedimiento de reconocimiento de un laudo extranjero o internacional no constituye una oportunidad para que los tribunales judiciales locales –generalmente la autoridad competente en materia de *exequátur*– efectúen una revisión plena de lo resuelto por el tribunal arbitral. Su objeto es más limitado. Consiste en verificar la competencia del órgano arbitral, si se ha observado la garantía del debido proceso en el procedimiento arbitral; si el laudo no viola el orden público de acuerdo a las reglas vigentes en el país (requisitos intrínsecos) y si el laudo cumple con las exigencias de legalización y autenticación (requisitos extrínsecos)[121].

121. Ver Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 313-314. En relación con los requisitos extrínsecos, la Convención de Nueva York de 1958 establece que la parte que solicite el reconocimiento de un laudo arbitral deberá presentar conjuntamente con la demanda (i) el original debidamente autenticado del laudo o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, (ii) el original del acuerdo de arbitraje por escrito, bajo el cual se sometió la controversia a arbitraje y (iii) una traducción certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por agente diplomático o consular del laudo al idioma oficial del país en el que se pretende su reconocimiento en el caso que no se correspondiera con el idioma en que se encuentra redactado (artículo 4 de la Convención de Viena de 1958). Respecto de los requisitos extrínsecos, el reconocimiento de un laudo podrá negarse únicamente si la parte contra la cual se pretende el reconocimiento prueba ante la autoridad competente que: (i) las partes del acuerdo arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o (ii) la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o (iii) el laudo se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; o (iv) la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o (v) la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia (artículo 5.1 de la Convención de Nueva York). La Convención prevé también que se podrá negar el reconocimiento de un laudo arbitral si la autoridad competente ante quien se solicita el reconocimiento comprueba que: (i) de acuerdo con la legislación del país el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o (ii) el reconocimiento del laudo sería contrarios al orden público del país (artículo 5.2 de la Convención de Nueva York). El CPCC argentino prevé un procedimiento similar, aplicable a aquellos laudos provenientes de un país que no se encuentre vinculado con la República Argentina por un tratado en la materia. El artículo 519 Bis del CPCC dispone así que "*los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que: 1) Se cumplieren los recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1. 2) Las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el artículo 737*". A su vez, el artículo 517 establece: "*Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzga-*

Si bien los procedimientos de exequátur tienen amplia recepción tanto en el derecho argentino como comparado, el reconocimiento no constituye en todos los supuestos un requisito ineludible para la posterior ejecución del laudo. No procede el exequátur, por ejemplo, en casos en que un tratado internacional disponga que el laudo arbitral internacional o extranjero será reconocido automáticamente en los Estados parte. Tal es el caso del Convenio CIADI que establece un sistema autónomo y prácticamente automático de reconocimiento de los laudos dictados bajo sus reglas[122].

En función de ello, el reconocimiento de dichos laudos en los Estados parte del Convenio está sujeto únicamente al cumplimiento de ciertos requisitos extrínsecos[123], no correspondiendo sujetar su reconocimiento a un análisis de su adecuación con las normas internas de los Estados[124].

---

da en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero. 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa. 3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional. 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino. 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino".

122. Dispone así el artículo 54 del citado convenio: "*Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (...)*".

123. El artículo 54(2) del Convenio CIADI establece así como único requisito para el reconocimiento de un laudo la presentación de una copia debidamente certificada por el Secretario General ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designada por los Estados Contratantes a ese efecto.

124. Schreuer, Christoph, "The ICSID Convention: A Commentary", Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 1115, 1127-1131.

II.4 Ejecución judicial de laudos arbitrales contra el Estado

II.4.1 La ejecución en el territorio del Estado parte de la controversia

La ejecución judicial de laudos contra el Estado en su propio territorio se encuentra sujeta al procedimiento allí vigente en materia de ejecución de sentencias contra el Estado.

Este principio resulta de aplicación aún en el supuesto de laudos emitidos conforme al Convenio CIADI. En tal sentido, su artículo 54(3) dispone que *"el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda"*.

II.4.2. Ejecución de laudos contra el Estado en territorio de otro Estado

El régimen aplicable adquiere mayor complejidad cuando se pretende la ejecución de un laudo no ya en el territorio del propio Estado, sino en otro país. En estos casos, el Estado vencido puede invocar su inmunidad de ejecución[125].

El consentimiento del Estado al arbitraje no importa necesariamente que éste se vea imposibilitado de oponer su inmunidad de ejecución una vez dictado el laudo cuando se pretenda su cumplimiento forzado en la jurisdicción de otro Estado[126]. En este sen-

125. Al respecto, por ejemplo, el Convenio CIADI establece en su artículo 55 en materia de ejecución de laudos contra un Estado en territorio de otro Estado que "*nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero*".

126. Sobre la inmunidad de ejecución de los Estados, ver, entre otros, Schreuer, Christoph, "State immunity: Some Recent Developments", Grotious, Cambridge, 1988; Schreuer, "The ICSID Convention ...", *ob. cit.* en nota 124, p. 1141 y siguientes; Remiro Brotóns, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa M.; Orihuela Calatayud, Esperanza; Díez-Hochleitner, Javier y Pérez-Prat Durbán, Luis, "Derecho Internacional", McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 816 y siguientes; Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", Oxford University Press, 5º edición, Oxford, 1998, pp. 346-347; Conforti, Benedetto, "Derecho Internacional", Zavalía, Buenos Aires, 1995, p. 302 y siguientes; Diez de Velasco, Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", Tecnos, 13º edición, Madrid,

tido, la posición todavía mayoritaria es que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción que implica dicho consentimiento no trae aparejada similar renuncia a la inmunidad de ejecución[127].

La distinción entre una y otra especie de inmunidad responde a las mayores reservas que los Estados en general oponen a la ejecución de sus bienes y al consecuente impacto negativo que ello puede producir en la comunidad internacional[128].

A diferencia de lo que ocurría algún tiempo atrás, la codificación internacional, las legislaciones nacionales y la jurisprudencia han avanzado a un punto tal que ya no puede afirmarse en la actualidad que exista una regla de derecho internacional que avale una inmunidad de ejecución absoluta de los Estados[129].

2001, p. 274 y siguientes; González Campos, Sánchez Rodríguez, Sáenz de Santa María; "Curso de Derecho Internacional Público", *ob. cit.* en nota 38, p. 443 y siguientes; Pastor Ridruejo, José A., "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", Tecnos, 8° edición, Madrid, 2001, p. 525 y siguientes; Barboza, Julio, "Derecho Internacional Público", Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 334.

127. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes establece en su artículo 20 que "*Cuando se requiera el consentimiento para la adopción de medidas coercitivas de conformidad con los artículos 18 y 19, el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción en virtud del artículo 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas*".

128. Ver, entre otros, Remiro Brotóns, Riquelme Cortado, Orihuela Calatayud, Díez-Hochleitner y Pérez-Prat Durbán, "Derecho Internacional", *ob. cit.* en nota 126, pp. 816-817; Díez de Velasco, "Instituciones de Derecho Internacional Público", *ob. cit.* en nota 126, pp. 274-275; Brownlie, "Principles of Public International Law", *ob. cit.* en nota 126, p. 346.

129. Pastor Ridruejo, "Curso de Derecho Internacional Público ...", *ob. cit.* en nota 126, p. 526. Ello no obsta, por cierto, a que todavía subsistan algunas normas en ese sentido. Entre ellas, cabe mencionar a la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados de 1972 -ratificada únicamente por ocho estados- al prever una inmunidad absoluta de ejecución. Sólo exceptúa tal inmunidad en la medida que el Estado renuncie a ella por escrito en un caso particular. El artículo 23 de dicha convención establece que: "*No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case*". No obstante ello, su artículo 24 faculta a los Estados a declarar mediante notificación al Secretario General del Consejo de Europa que sus tribunales tendrán competencia para sustanciar procedimientos contra un Estado parte en la medida en que también posean competencia para sustanciar procedimientos contra Estados no parte de la convención. Aclara el artículo que dicha declaración no afectará la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los Estados en relación a sus actos *iure imperii*. En el caso en que el Estado donde se pretende la ejecución de un laudo y el Estado contra el cual se pretende dicha ejecución hayan formulado la referida declaración, la Convención establece en su artículo 26 que los pronunciamientos emitidos contra este último relacionados con actividad industrial o comercial, en la cual el Estado participe en calidad de persona privada, pueden ser ejecutados en el territorio del primero

Diversos han sido los criterios esbozados con el objeto de atenuar esa concepción.

Para una primera posición, la inmunidad de jurisdicción se encontraría en relación directa con la inmunidad de ejecución, de modo tal que no podría un Estado oponer esta última en aquellos casos en que, de acuerdo con la legislación del país en que se pretende la ejecución, no gozaría de inmunidad de jurisdicción en el caso concreto[130].

Para otros, el consentimiento del Estado al arbitraje debería entenderse como una renuncia implícita a la inmunidad de ejecución[131].

El criterio predominante en la actualidad es, sin embargo, el que centra su atención en la naturaleza de los bienes sobre los cuales se pretende la ejecución. Por ello, más que debatirse la existencia o inexistencia de una inmunidad absoluta en la materia, prevalece la distinción entre aquellos bienes susceptibles o no de ejecución (inmunidad relativa)[132]. En este sentido, la mayor parte de los cuerpos normativos estatales e internacionales admiten la ejecución de bienes de un Estado extranjero en los casos en que ellos no se encuentren afectados a una función pública[133], distinguiendo entre bienes comerciales y no comerciales de los Estados[134].

---

sobre los bienes contra los cuales el pronunciamiento fue emitido, utilizados exclusivamente en relación con dicha actividad. El artículo 26 de la convención dispone así: "*a judgment rendered against a Contracting State in proceedings relating to an industrial or commercial activity, in which the State is engaged in the same manner as a private person, may be enforced in the State of the forum against property of the State against which judgment has been given, used exclusively in connection with such an activity, if: a. both the State of the forum and the State against which the judgment has been given have made declarations under Article 24* (...)".

130. La inexistencia de inmunidad de este sentido no alcanzaría a todos los bienes del Estado ejecutado, sino generalmente a aquellos que pudieran ser calificados de comerciales. Esta teoría ha tenido recepción aislada en algunos precedentes de los tribunales suizos y alemanes. Ver, al respecto, Schreuer, "The ICSID Convention ...", *ob. cit.* en nota 124, p. 1148.

131. *Ibid.*, p. 1149.

132. Remiro Brotóns, Riquelme Cortado, Orihuela Calatayud, Díez-Hochleitner y Pérez-Prat Durbán, "Derecho Internacional", *ob. cit.* en nota 126, p. 817.

133. Conforti, "Derecho Internacional", *ob. cit.* en nota 126, p. 302; Gaillard y Savage (editores), "Fouchard Gaillard Goldman ...", *ob. cit.* en nota 8, p. 393.

134. La aplicación de esta regla y los criterios de distinción entre la diversa clase de bienes no es, por cierto, uniforme en el derecho comparado. Ver, entre otros, Schreuer, "The ICSID Convention ...", *ob. cit.* en nota 124, pp. 1149-1150. Como sostiene este autor, para la calificación de los bienes en comerciales o no comerciales en materia de inmunidad de ejecución se aplica el criterio de la finalidad del bien, aunque su origen es también tenido en cuenta en algunos casos (*Ibid.*, p. 1160).

Ratificando esta tendencia, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 2 de diciembre de 2004 la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes[135], cuyo preámbulo expresa la intención de armonizar la práctica en la materia considerando, asimismo, la evolución que los Estados han experimentado en el ámbito de la inmunidad soberana[136].

La Convención reconoce como principio general el de la inmunidad soberana de los Estados[137]. Sin embargo, lejos de atribuirle un carácter absoluto, se adscribe en la tendencia más moderna al adoptar una visión restringida del instituto. En materia de ejecución, dispone la improcedencia de medidas coercitivas contra los bienes de un Estado con excepción de los casos en que el Estado preste su consentimiento, haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso, o se determine que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales, que se encuentran en el territorio del Estado del foro y tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso[138].

135. A/RES/59/38. Su artículo 28 declara que quedará abierta a la firma de todos los Estados hasta el 17 de enero de 2007 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

136. El preámbulo de la convención expresa:
"*Los Estados Partes en la presente Convención,*
Considerando que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario,
Teniendo presentes los principios de derecho internacional consagrados en la Carta de las Naciones Unidas,
Considerando que una convención internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes fortalecería la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas, y contribuiría a codificar y desarrollar el derecho internacional y a armonizar la práctica en este ámbito,
Teniendo en cuenta la evolución de la práctica de los Estados respecto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,
Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención,
Han convenido en lo siguiente:"

137. El artículo 5 de la Convención establece: "*Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención*".

138. El artículo 19 prescribe: "*No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados: i) por acuerdo internacio-*

En línea con esa visión restringida de la inmunidad de ejecución, la *State Immunity Act* de 1978 del Reino Unido reconoce como principio general la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros, sujeta a ciertas excepciones[139]. Entre estas últimas, autoriza la ejecución de bienes que sean utilizados o destinados a ser utilizados para propósitos comerciales[140].

Un régimen similar establece la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 de los Estados Unidos. Luego de establecer como principio general la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros[141], admite como excepción a ella el embargo o ejecución de bienes situados en los Estados Unidos y utilizados para una actividad comercial en dicho país, mediando pronunciamiento de un tribunal judicial de los Estados Unidos o alguno de sus estados, en el supuesto que, entre otras condiciones, (i) el Estado extranjero haya renunciado a su inmunidad, o (ii) los

---

nal; ii) por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso".

139. Artículo 13(2)(b) de la State Immunity Act de 1978: "*the property of a State shall not be subject to any process for the enforcement of a judgment or arbitration award or, in an action in rem, for its arrest, detention or sale*".

140. Artículo 13(4) de la State Immunity Act de 1978: "*Subsection (2)(b) above does not prevent the issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes*". También dispone esa ley que si el Estado ha acordado por escrito someter una disputa existente o que pudiera surgir, a arbitraje, el Estado no tiene inmunidad respecto de los procedimientos ante los tribunales del Reino Unido relacionados con el arbitraje. Artículo 9 de la State Immunity Act de 1978: "*(1) Where a State has agreed in writing to submit a dispute which has arisen, or may arise, to arbitration, the State is not immune as respects proceedings in the courts of the United Kingdom which relate to the arbitration. (2) This section has effect subject to any contrary provision in the arbitration agreement and does not apply to any arbitration agreement between States*". La norma parece referirse exclusivamente a la inmunidad de jurisdicción y difícilmente pueda considerarse que se extiende a la renuncia de la inmunidad de ejecución. En Francia y Alemania, los tribunales han adoptado un enfoque similar y la ejecutabilidad de bienes de un Estado extranjero dependerá de la actividad comercial o gubernamental a la que ellos se encuentren afectados. Ver Schreuer, "The ICSID Convention ...", *ob. cit.* en nota 124, pp. 1156-1168.

141. Artículo 1609 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976: "*Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter*".

bienes sean o hayan sido utilizados para una actividad comercial sobre la que se funda el reclamo, o (iii) el pronunciamiento se funde en una orden confirmatoria de un laudo arbitral dictado contra un Estado extranjero, siempre que el embargo o la ejecución misma no resulte inconsistente con disposición alguna del acuerdo arbitral[142]. En líneas generales, de acuerdo con los términos de la legislación norteamericana, resulta más sencillo ejecutar un laudo arbitral que una sentencia contra un Estado

142. El artículo 1610 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 establece: "*(a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if — (1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or (2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or (3) the execution relates to a judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law, or (4) the execution relates to a judgment establishing rights in property — (A) which is acquired by succession or gift, or (B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission, or (5) the property consists of any contractual obligation or any proceeds from such a contractual obligation to indemnify or hold harmless the foreign state or its employees under a policy of automobile or other liability or casualty insurance covering the claim which merged into the judgment, or (6) the judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign state, provided that attachment in aid of execution, or execution, would not be inconsistent with any provision in the arbitral agreement. (b) In addition to subsection (a), any property in the United States of an agency or instrumentality of a foreign state engaged in commercial activity in the United States shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if — (1) the agency or instrumentality has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or implicitly, notwithstanding any withdrawal of the waiver the agency or instrumentality may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or (2) the judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605(a)(2), (3), or (5), or 1605(b) of this chapter, regardless of whether the property is or was used for the activity upon which the claim is based. (c) No attachment or execution referred to in subsections (a) and (b) of this section shall be permitted until the court has ordered such attachment and execution after having determined that a reasonable period of time has elapsed following the entry of judgment and the giving of any notice required under section 1608(e) of this chapter. (d) The property of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for acommercial activity in the United States, shall not be immune from attachment prior to the entry of judgment in any action brought in a court of the United States or of a State, or prior to the elapse of the period of time provided in subsection (c) of this section, if — (1) the foreign state has explicitly waived its immunity from attachment prior to judgment, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, and (2) the purpose of the attachment is to secure satisfaction of a judgment that has been or may ultimately be entered against the foreign state, and not to obtain jurisdiction. (e) The vessels of a foreign state shall not be immune from arrest in rem, interlocutory sale, and execution in actions brought to foreclose a preferred mortgage as provided in section 1605(d)*".

extranjero. Mientras que respecto a estas últimas, el ejecutante deberá muy probablemente acreditar una vinculación especial entre el reclamo objeto de la sentencia y los bienes de carácter comercial a ejecutar conforme al punto (ii) arriba descrito[143], tal requisito adicional no es aplicable para admitir la ejecución de laudos arbitrales[144].

No existen disposiciones en el derecho interno argentino en materia de inmunidad de ejecución[145]. Como lo ha reconocido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Blasson* "*...no existe en nuestro país una norma de derecho interno que regule específicamente el conflicto de inmunidad de ejecución de los estados extranjeros suscitado en la causa. La ley 24.488 sólo regula la inmunidad de jurisdicción sin que exista ningún atisbo en su articulado que permita aplicarla por analogía a la inmunidad de ejecución, que a todas luces no ha sido contemplada en aquella ley. En tales condiciones, el caso deberá ser resuelto según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado ipso iure al derecho argentino federal, pues el desconocimiento de las normas que rigen las relaciones diplomáticas internacionales no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país en el concierto de las naciones*"[146].

Tras distinguir entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución[147], la Corte dejó entrever en esa ocasión su eventual

143. Ello será así en el supuesto en que la situación de quien pretenda la ejecución de una sentencia judicial no encuadre en ninguna de las restantes condiciones a modo de excepción dispuestas en el artículo 1610 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976.
144. Ver Schreuer, "The ICSID Convention ...", *ob. cit.* en nota 124, p. 1153.
145. Para un análisis de la inmunidad soberana en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, ver Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, "Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina", en Garcia, Márcio y Antenor Pereira Madruga Filho, "A imunidade de jurisdiçao e o Judiciário brasileiro", CEDI (Centro de Estudios de Direito Internacional), Brasilia, Brasil, 2002, pp. 105-128.
146. Fallos: 322:2399. Ver, asimismo, Fallos: 324:1648 del 12 de mayo de 2001 ("Obras Sanitarias de la Nación v. Embajada de la URSS – Representación Comercial de Rusia"). En este último caso, la Corte Suprema ratificó que "*... la cuestión relativa a la inmunidad de ejecución* (...) *no ha sido regulada por la ley 24.488*" (Cons. 10). Para un análisis de los casos *Blasson* y *OSN*, ver Rabbi-Baldi Cabanillas, "Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución ...", ob. cit. en nota 145, pp. 105-128.
147. El alto tribunal afirmó así en el considerando 5 de Fallos: 322:2399 que *"...a la luz de la práctica actual seguida por los estados no es posible afirmar la existencia de un riguroso paralelismo entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución como norma de derecho internacional general, pues no hay prueba de práctica uniforme ni convicción jurídica de su obligatoriedad...".*

aceptación de una inmunidad de ejecución restringida sujeta a la expresa renuncia por parte del Estado extranjero contra el cual se pretende la ejecución[148] o la acreditación de que el bien a ejecutar se encuentra afectado a una actividad *iure gestionis*[149].

De este modo, nuestra Corte parece enrolarse en la visión predominante en el derecho comparado en función de la cual se postula una inmunidad de ejecución relativa, distinguiendo entre bienes afectados a fines comerciales y bienes afectados a fines gubernamentales o públicos[150].

148. Observó la Corte en el considerando 7 del fallo mencionado que "... *la demandada expresa que los fondos embargados le han sido asignados por el Estado eslovaco para cubrir los costos y gastos necesarios para el cumplimiento de los fines oficiales de la representación diplomática. Alega que no ha renunciado a la inmunidad de ejecución y que en virtud de lo dispuesto en el art. 32.4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas es necesaria una nueva renuncia al respecto (fs. 326/327). Tal afirmación denota que el Estado acreditante se ha negado expresamente a la posibilidad de ser sometido a medidas coercitivas*".

149. Señaló así en el considerando 8 "*que, en las circunstancias del caso, no se ha acreditado que la cuenta bancaria objeto de embargo tenga un destino diferente del que afirma la República Eslovaca, esto es, el de solventar los gastos ordinarios de su embajada en el país. No se ha acreditado que esa cuenta haya sido abierta con específico destino a pagar obligaciones originadas en actividades iuris gestionis ni que lo fuera para el pago de obligaciones como las que han dado lugar al litigio, ni que hubiera sido destinada al depósito y extracción de fondos para pagar créditos documentarios o cualquier otro modo de financiamiento de actividades iure gestioni*".

150. En esta última categoría, existe una especie de bienes a los cuales las legislaciones nacionales y el derecho internacional proveen una protección especial. Son los casos de la propiedad diplomática, militar y, en cierta medida, de los bancos centrales. Así, por ejemplo, la propiedad diplomática no sólo encuentra protección en las diversas legislaciones nacionales –como la de los Estados Unidos (artículo 1610(a)(4)(b) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976) y el Reino Unido (artículo 16(1) de la State Immunity Act de 1978)– sino en tratados internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Si bien la mayoría de las legislaciones –entre otras, la legislación de los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia y Canadá– así como la reciente convención de las Naciones Unidas contemplan la renuncia del Estado como un supuesto de excepción a la inmunidad de ejecución, no existe una posición uniforme en relación a los requisitos que deben observarse y sobre los bienes que debe considerarse que ella recae –destinados a fines comerciales, gubernamentales o, incluso, aquellos que gozan de especial protección. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes enumera en su artículo 21 clases especiales de bienes que no pueden ser considerados afectados a fines que no sean un servicio público no comercial, sin perjuicio de su ejecución cuando medie consentimiento del Estado o hayan sido asignados o destinados para la satisfacción específica de la demanda efectuada. La Comisión de Derecho Internacional en su informe sobre la labor realizada en su 43° período de sesiones (Ver *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/46/10)) se ocupó de aclarar que "*una renuncia general o una renuncia respecto de todos los bienes en el territorio del Estado del foro, sin mencionar ninguna de las categorías concretas, no bastaría para permitir la adopción de medidas coercitivas contra los bie-nes de las categorías mencionadas en el párrafo 1* [del artículo 21 del texto definitivo adoptada en diciembre de 2004 por la Asamblea General –bienes afectados a funciones diplomáticas, militares, pertenecientes al banco central, que formen parte del patrimonio cultural del Estado o de sus archi-

En la práctica, la ejecución de un laudo en el territorio de otros Estados dependerá necesariamente de la visión de los tribunales locales respecto al alcance de la inmunidad de ejecución. En esos casos, quien pretenda la ejecución forzosa deberá acreditar que los bienes objeto de ella no se encuentran alcanzados por la inmunidad y ello no resultará, en general, tarea sencilla[151].

III. Palabras finales

Hemos intentado abordar en estas líneas algunos aspectos que, si bien demuestran la existencia de importantes puntos de contacto entre el arbitraje que involucra al Estado y los particulares y aquél que se suscita únicamente entre estos últimos, también ratifican sus diferencias.

Razones de tiempo y espacio nos impiden profundizar aún más sobre los aspectos tratados o abordar otros temas relevantes como aquellos relacionados con la experiencia en el derecho de la integración, la arbitrabilidad objetiva, la diferencia entre representación y arbitrabilidad subjetiva, la aplicación de la teoría de la apariencia en relación con el consentimiento a arbitraje,

---

vos, y aquéllos que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico]". Ver *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/46/10), pp. 155-156. En línea similar, el artículo 13(3) de la *State Immunity Act* de 1978 del Reino Unido autoriza la renuncia en términos amplios o restringidos y, a la luz de una interpretación armónica de las normas se desprende que, de no limitarse a bienes de carácter comercial, la renuncia debe entenderse extendida a bienes afectados a fines gubernamentales. Sin embargo, la renuncia en términos generales parece no extenderse a bienes especialmente protegidos (diplomáticos y militares). Ver artículo 16(1) de la State Immunity Act de 1978. Por su parte, el artículo 1610(a) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 de los Estados Unidos circunscribe, en principio, la renuncia a la inmunidad de ejecución a los bienes utilizados para actividades comerciales. A este respecto, en líneas generales destaca Schreuer que (i) las renuncias generales a la inmunidad de ejecución deben, en principio, interpretarse extensivas a la propiedad de carácter no comercial; (ii) los bienes especialmente protegidos gozan de una presunción de inmunidad aún en caso de una renuncia general a ella; y (iii) dicha presunción puede super dicha presunción puede superarse, particularmente en relación con la propiedad de los bancos centrales, mediante una renuncia expresa que mencione específicamente esa propiedad. Ver Schreuer, "The ICSID Convention ...", ob. cit. en nota 124, pp. 1170-1171.

151. La experiencia indica, por el contrario que, en el mayor número de los supuestos, los Estados consiguen justificar que los bienes pertenecen a sus representaciones diplomáticas, a su banco central, forman parte de su patrimonio cultural o se encuentran afectados a cualquier otro fin gubernamental.

la inmunidad de jurisdicción, el rol del interés público y las prerrogativas estatales en el procedimiento arbitral, la relevancia del derecho del Estado parte –en particular, sus normas de policía y de orden público– frente a la aplicación de una legislación diferente al fondo de la controversia, la confidencialidad de los procedimientos frente al principio de publicidad de los actos de gobierno, la posibilidad de presentaciones de terceras partes en el procedimiento en calidad de *amicus curiae* o la potestad de los árbitros para declarar la inconstitucionalidad de normas.

El presente trabajo debe, en consecuencia, ser considerado únicamente como una aproximación a un tema que, por su creciente importancia, merece sin lugar a dudas una mayor atención.

Sólo el tiempo dirá si esa atención da lugar a una creciente compatibilización de nuestro derecho interno con las tendencias predominantes en el derecho comparado o, por el contrario, si como ocurre todavía en algunos aspectos, el derecho argentino mantiene en esta materia sus particularidades.

CULTURA JURÍDICA Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Edgar Neira Orellana (*)

Introducción

Si asumimos que la cultura es todo aquello que el hombre añade a la naturaleza con el fin de entretejer modos de vida, conocimientos, habilidades y cosmovisiones, debemos entender la cultura jurídica como aquellos instrumentos que se agregan al derecho natural y que tienden a hacer efectivo el ideal de justicia y los valores supremos del orden, la paz y la libertad.

Cada cultura jurídica para ser considerada tal deberá aceptar la existencia de otras distintas y crear mecanismos de comunicación entre sistemas legales diversos partiendo de la premisa de que la libertad y la paz, valores consustanciales a la convivencia civilizada, no son patrimonio de ninguna concepción del Derecho en particular. Pero, frente a los valores que defiende la cultura del Derecho tenemos los antivalores que buscan limitar sus expresiones. Me refiero a la incultura jurídica que niega la existencia de culturas diversas y promueve el ensimismamiento o el aislamiento de los sistemas legales.

El arbitraje de inversiones que conoce de conflictos surgidos entre sujetos de derecho privado –inversionistas– y Estados

(*) Doctor en Jurisprudencia y abogado de los tribunales de justicia del Ecuador, master en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito, catedrático de esta universidad y de la Universidad Pontificia Católica del Ecuador, árbitro de la Cámara de Comercio de Quito y del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Británico. Socio del Estudio Gallegos, Valarezo & Neira y autor de varios artículos especializados de derecho público ecuatoriano.

investidos de potestad soberana, es la expresión de una determinada cultura jurídica porque refleja el ideal de justicia en la protección del derecho humano de propiedad, del principio de la seguridad jurídica y de la buena fe en las decisiones que adopta el poder público con relación a una inversión extranjera. Adicionalmente, plantea un encuentro entre culturas jurídicas diversas, esto es, entre cosmovisiones que se revelan distintas al momento de implantar su ideal de justicia, porque los instrumentos que cada sistema crea para aplicar el Derecho y sus fuentes presentan un sinnúmero de contrastes.

La diversidad jurídica es un problema que debe resolver el arbitraje de inversiones, más aun cuando amenazas de incultura jurídica tratan de desconocer su idoneidad como método alternativo de resolución de disputas entre inversionistas y Estados. Estas amenazas quedaron en evidencia en tres acciones que referiré a continuación y que requieren especial atención de la doctrina y del juicio de los árbitros internacionales:

Mediante sentencia de 1 de agosto de 2002, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, en un caso relacionado con la construcción de una presa hidroeléctrica en el Caribe colombiano, resolvió anular *ex officio* un laudo expedido por un Tribunal Arbitral constituido bajo las normas de la Cámara de Comercio Internacional de París. Este episodio conocido como Caso Termorío fue un proceso al que la doctrina no ha escatimado palabras para descalificar tal sentencia como un golpe bajo al arbitraje internacional.

Cinco años más tarde, el 2 de mayo de 2007, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Bolivia denunció formalmente la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones conocida como Convención de Washington. Varios meses después, la República del Ecuador, al amparo del Art. 25 numeral 4 de la Convención de Washington decidió sustraer de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje del CIADI las cuestiones relativas a hidrocarburos. En junio de 2009,

Ecuador denunció la Convención de Washington al igual que lo hizo Bolivia.

Estas tres acciones que comportan negación del arbitraje internacional y sus mecanismos, responden a causas distintas y corresponden a contextos diferentes. Pero si consideramos que el denominador común de tales acciones ha sido que los países que las desencadenaron tienen una tradición jurídica civilista continental, las preguntas que al respecto se plantean serían al menos dos: ¿Cuánto aporta la cultura jurídica de esos tres países a un eventual desencuentro con la del arbitraje internacional? ¿Los elementos que integran nuestra tradición jurídica civilista resisten o, al contrario, promueven mecanismos de solución de disputas con la intervención de tribunales internacionales de arbitraje?

Para responder tales interrogantes no me he propuesto agotar la extensa temática que sugiere el ambicioso título del presente análisis. Me limitaré a dejar sentados algunos elementos de una discusión que aspiro contribuyan a abordar temas específicos del arbitraje internacional y entender mejor algunas reacciones.

I. El arbitraje de inversiones y la confluencia de familias jurídicas

Si la inversión productiva es necesaria para generar empleo y desarrollar nuestras economías, ni se diga cuando los recursos propios escasean, la protección de las inversiones extranjeras exige de nuestros países seguridad jurídica y la confianza indispensables para el ingreso de capitales foráneos. Por esto, los conflictos que se generen con dichas inversiones requieren de instancias independientes y expeditas para resolverlos como lo es el arbitraje internacional.

Si se considera que en una controversia arbitral internacional convergen familias jurídicas diversas como las instituciones

del *common law*, las prácticas procesales del sistema angloamericano y los aportes jurídicos derivados de la tradición romano-germánica, entre otros, una primera conclusión nos llevará a sostener que las culturas jurídicas no son líneas paralelas sino organismos vitalmente confluentes, porque han sido concebidas por seres humanos que se relacionan e intercambian más allá de las barreras erigidas por los Estados. El arbitraje de inversiones ofrece un extenso diálogo entre esas culturas jurídicas diversas y confirma la vocación ecuménica del hombre y del derecho natural.

El Art. 42 de la Convención de Washington que creó el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones[1] –identificado como CIADI por sus siglas en español–, señala que los arbitrajes se regirán por la ley que hubieren convenido las partes y si éstas nada hubieren acordado al respecto, por las normas de derecho del Estado parte de la controversia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y, las del derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Sobre la base de la norma comentada y, para avanzar en el análisis de la confluencia de culturas, debo referirme a cómo opera el sistema de fuentes en el Derecho Internacional de las Inversiones.

En el arbitraje internacional se suele citar como criterio enumerativo de fuentes, el del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[2] que señala las siguientes: las conven-

1. "**Art. 42.-** (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables; (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la Ley; (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia en *aequo et bono*".
2. "**Art. 38.- 1.** La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: **a.** Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; **b.** La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; **c.** los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; **d.** Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 59.

ciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, en posición prevalente respecto del derecho interno del Estado parte de una controversia arbitral.

Para el arbitraje de inversiones, una fuente muy importante son los tratados de protección recíproca de inversiones[3] y los tratados de libre comercio que incorporan capítulos relativos a la protección de las inversiones. Adicionalmente tenemos la costumbre internacional que ha aportado los contenidos de dichos tratados de protección. El jurista Fernando de Trazegnies destaca que el Derecho Consuetudinario Internacional es una fuente importante de lo que denomina el nuevo *Derecho Transnacional de los Negocios*, que ha venido evolucionando con prácticas centenarias y decantándose gracias a la reflexión de los tratadistas y la jurisprudencia de tribunales arbitrales internacionales[4]. Y es en la costumbre como fuente de obligaciones jurídicas en la que identificamos una clave diferenciadora con nuestros sistemas basados en la ley escrita: el derecho de las inversiones es, ante todo, un producto de la costumbre internacional que ha venido fijando las bases de un trato mínimo a favor de los inversionistas extranjeros, mientras que en nuestros sistemas jurídicos los derechos ordinariamente nacen de la norma legal expedida por la función legislativa de los Estados.

---

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren".

3. Comúnmente identificados por sus siglas en inglés BITs (*Bilateral Investments Treaties*). Actualmente han sido suscritos más de 2,500 tratados de protección de inversiones y, aunque por sí mismos no provocan el efecto inmediato de incrementar el flujo de inversiones, sí constituyen un elemento condicional para afincar la seguridad jurídica y la confianza que propician la inversión extranjera.

4. Fernando de Trazegnies Granda, *"¿Lex Mercatoria Rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Post-modernidad"*, artículo publicado en la Revista Peruana de Arbitraje No. 3, pp. 15-51, Lima, 2006. Una de las conclusiones del autor es que el comercio que se extendió durante la Edad Media configuró la denominada *lex mercatoria*, una regulación jurídica formada de prácticas que iban más allá de los derechos locales y tendían a la universalidad. En el mundo contemporáneo de los negocios, el derecho internacional de las inversiones resucita la esencia de la *lex mercatoria* que creó la costumbre de los comerciantes.

En síntesis, si el Derecho Internacional de las Inversiones se crea y renueva en virtud de la espontaneidad del tráfico mercantil internacional, éste habrá roto la idea matriz sobre la que se han erigido nuestros sistemas legales en que el Estado se ha reservado para sí el monopolio en la creación del Derecho.

Con el paso del tiempo, estas bases de trato mínimo a los inversionistas extranjeros, han sido reconocidas en tratados bilaterales de protección de inversiones y en capítulos específicos de los Tratados de Libre Comercio. Por ejemplo, en el caso de la República del Ecuador que ha suscrito más de quince tratados de protección recíproca de inversiones, en el texto de éstos aparece aquello que el derecho consuetudinario internacional ha erigido como bienes jurídicos indispensables para proteger el flujo de capitales y que constituyen lo que se ha dado en denominar "estándares de protección": trato nacional, tratamiento de la nación más favorecida, trato justo y equitativo, no confiscación, libre transferencia de fondos y dividendos.

Dado que esos estándares no se sustentan en ninguna normativa previamente elaborada, la jurisprudencia sentada por tribunales arbitrales internacionales va cobrando una importancia no solo creciente sino arrolladora en la definición y alcance de estas materias. Así, en esta segunda fuente encontramos otro elemento diferenciador con nuestros sistemas civilistas: la importancia que el arbitraje internacional de las inversiones asigna a la jurisprudencia para definir el contenido de cada uno de esos estándares, cuya aplicación a los casos que se someten a la decisión arbitral ha ido conformando un cuerpo de precedentes reiteradamente citados por los abogados que defienden casos ante tribunales del CIADI o UNCITRAL y en las decisiones adoptadas por dichos tribunales.

En este punto es de subrayar que en el sistema del CIADI, ninguna norma de la Convención de Washington ha establecido que los laudos de un Tribunal sean vinculantes respecto a los que posteriormente se expidan sobre el mismo punto de derecho.

No existe el *stare decisis* de la familia jurídica anglosajona, que imponga un acatamiento obligatorio de laudos precedentes. Sin embargo, la jurisprudencia arbitral internacional es una fuente importante en el derecho internacional de las inversiones y, por este motivo, los árbitros bajo el sistema del CIADI acostumbran a citar en sus decisiones pronunciamientos de otros tribunales.

A este respecto, el laudo emitido en el caso *El Paso Energy International Company* contra *República Argentina,* el panel arbitral resolvió:

> "39. Los Tribunales Arbitrales del CIADI se establecen ad hoc, para cada caso, en el marco del Convenio de Washington. El presente Tribunal no tiene conocimiento de la existencia de ninguna disposición , ya sea en dicho Convenio o en el TBI, por la que se establezca la obligación de stare decisis, sin embargo, es razonable suponer que los tribunales de arbitraje internacionales, sobretodo los creados dentro del sistema CIADI, en general tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros órganos arbitrales y en especial por otros tribunales internacionales..."[5].

Por tanto, no puede desconocerse la fuerza que van cobrando los laudos internacionales como fuente del derecho internacional de las inversiones.

Jan Paulsson destaca que en la década pasada en que se expandió el arbitraje de inversiones, las posibilidades de laudos inconsistentes o contradictorios pudo ser mayor, pues ese período correspondió a una etapa de maduración del arbitraje de inversiones. Pero que a partir de este momento vendrá una segunda generación de laudos *"cuyas principales características serán la consolidación de las tendencias dominantes, la reducción progresiva de desconcertantes diferencias entre los laudos y, en consecuencia, laudos más consistentes"*[6].

5. El Paso Energy International Company vs. República Argentina, Caso ARB/03/15, www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-S.pdf, citado por Fernando Cantuarias en su obra "Arbitraje Comercial y de las Inversiones", Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, página 758.
6. Jan Paulsson, ¿Cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema?, publicado en Revista Peruana de Arbitraje, Número 8, Lima, 2009, p. 12.

II. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA

Para sondear en los basamentos de los regímenes jurídicos latinoamericanos me referiré a dos circunstancias que considero definitivas en la estructuración de sus sistemas legales y en la consolidación de una cultura jurídica: la primera está relacionada con el proceso codificador llevado adelante por Napoleón que, a partir de 1804, aspiraba a abreviar la razón ordenadora en un Código; la segunda, con la irrupción del positivismo jurídico, principalmente el de carácter analítico de inicios del siglo XX con la publicación de la obra "Teoría Pura del Derecho" del jurista austríaco Hans Kelsen[7].

El modelo codificador francés que irradió en los países europeos continentales y, posteriormente, en el derecho de los países latinoamericanos se ha sustentado en las ideas expuestas por Montesquieu en su obra *"El espíritu de las Leyes"* en la que destacó la ley como expresión de la voluntad general, promulgada por los órganos legislativos de un Estado que reservaba para sí la capacidad exclusiva de interpretar la voluntad general y, consecuentemente, el monopolio de la creación del Derecho. Así fue como la cultura jurídica continental europea empezaba fatalmente a dar la espalda al iusnaturalismo.

Ciento cincuenta años más tarde, el positivismo dará el golpe de gracia definitivo al *iusnaturalismo* contractualista y, desde luego, a la costumbre como fuente primaria del derecho puesto que la razón para crearlo se convirtió penosamente en mero instrumento de su interpretación. Me refiero al jurista Kelsen que introdujo la preocupación del origen y la validez de la ley: cuál es el órgano competente para expedirla y cuáles las condiciones de su vigencia y derogatoria, serán las preguntas que tratará de responder este autor y para ello objetará cualquier

7. Sobre este tema es de lectura recomendada la obra de Mauricio A. Plazas Vega, "Ideas políticas y teoría del derecho", Ed. Temis y Universidad del Rosario, Bogotá 2003.

explicación metafísica que no esté basada en la ley. En su célebre análisis sobre el "deber ser", dio lugar a un desmedido culto a las normas legales y limitó a los juristas a un mundo fantástico, idealizado, separado de la realidad. El discurso kelseniano sobre las normas, su jerarquía y validez conserva un reconocido liderazgo en el pensamiento jurídico latinoamericano y se ha constituido en el sustrato de los regímenes legales de nuestros países.

Frente a estos eventos históricos que consolidaron un Derecho originado en el Estado y dejaron de lado los principios universales del derecho natural, no podemos desconocer que las economías de los países, a despecho de sus regímenes legales, se relacionan permanentemente y que el tráfico mercantil supera las barreras artificiales creadas por los sistemas legales de cada Estado. Esto ha dado origen a la suscripción de tratados internacionales entre Estados para proteger la inversión extranjera y la adopción de mecanismos alternativos de solución de disputas, independientes de los Estados. Por ello, cuando se trata de una inversión extranjera protegida por un tratado internacional, la eventual controversia no necesariamente se resolverá con la aplicación de las normas del derecho interno. Si la actuación del Estado violenta compromisos asumidos en un Tratado de Protección de Inversiones, el Derecho Administrativo Interno no es aplicable en la solución del conflicto, porque a un panel arbitral internacional le resultará indiferente si la actuación violatoria de obligaciones internacionales fue o no conforme a las normas del Derecho Público interno.

Por ello, los conceptos e instituciones del contencioso administrativo local poco tienen que ver ante la conducta de los Estados frente a inversiones protegidas por el Derecho Internacional. Adicionalmente, en el texto de los Tratados Internacionales de Protección Recíproca de Inversiones se incluye un capítulo específico de sujeción a un arbitraje internacional como la instancia que juzgará con imparcialidad e independencia y precautelará la confianza de sujetos privados extranjeros que pueden verse afectados por las decisiones de los Estados. La

limitación que en términos de imparcialidad o independencia podría encontrarse en los tribunales domésticos hace que los inversionistas busquen instancias impermeables a la presión del poder político e imperturbables frente a las coerciones mediáticas de cada país.

Los tribunales de arbitraje del CIADI o de aquellos que se constituyen bajo las reglas UNCITRAL constituyen en mi opinión una apropiada alternativa para garantizar aquellas imparcialidad e independencia, consustanciales a la tarea de juzgar y de definir el derecho de partes en conflicto.

III. LA TRADICIÓN JURÍDICA CIVILISTA FRENTE AL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

Lo expuesto en el presente análisis pretende destacar ciertos aspectos que definen a los ordenamientos jurídicos de nuestros países latinoamericanos. A continuación identificaré los puntos de conflicto que considero más relevantes en los que habrá que seguir reflexionando para afirmar, aún más, el régimen de solución de conflictos a cargo de tribunales arbitrales internacionales.

a) La concepción del derecho y la justicia

Una diferencia fundamental podríamos destacar entre la familia jurídica romano germánica frente a la del *common law*: la primera tiene como su preocupación inmediata sentar las bases del orden social mientras que la segunda, con objetivos más modestos, se propone solamente restablecer la justicia en cada conflicto sometido a la decisión de los jueces.

De ahí que tanto en el sistema del *common law* como en el orden angloamericano el papel creador del derecho asignado a los jueces tenga una importancia superlativa y en esto hay un

aporte sustancial a la forma cómo se desenvuelven los mecanismos de solución de conflictos en el derecho internacional de las inversiones, en que los pronunciamientos que hacen los tribunales arbitrales tienen una importancia mayor que la asignada a la jurisprudencia en los sistemas romanistas cuya aspiración de justicia concede más importancia a la definición de voluntad general que hace el legislador al expedir una ley.

b) El sistema de fuentes del derecho

Un segundo elemento conflictivo deriva del anterior y viene dado por el sistema de fuentes. A contrapunto de los regímenes jurídicos basados en el Código Civil, el *common law* asigna una importancia específica a la costumbre. El derecho internacional de las inversiones también se sustenta en la costumbre internacional, es decir, en prácticas inveteradas que han brotado espontáneamente del tráfico mercantil internacional y que, con el paso del tiempo, han sido recogidos en tratados bilaterales de inversión y en tratados de libre comercio.

Por tanto, no será la potestad ordenadora de un legislador que aspira a instituir la justicia a través de la expedición de normas de efectos generales, la que tenga asignada el monopolio en la creación del derecho, sino el reconocimiento de que en la interrelación de personas surgirá espontáneamente un orden que respetará al derecho y que ese orden espontáneo irá configurando, con la práctica diaria, un *minimun* de principios tendientes a proteger la seguridad jurídica, la propiedad y la buena fe. Estos son los bienes jurídicos que el derecho de las inversiones va a proteger.

En consecuencia, los estándares de protección que integran el derecho internacional de las inversiones nos recuerdan que no es factible que un legislador lo prevea, lo regule y lo resuelva todo; que la justicia no se alcanza a través de un proyecto de ingeniera social expresado en leyes; y que en la expedición de un

Código no se puede agotar la razón ordenadora de las relaciones humanas, menos aún, la dinámica de las transacciones mercantiles en un mundo cambiante y globalizado. Serán los árbitros internacionales los que en cada caso crearán el derecho y definirán si se ha violentado o no un estándar mínimo de protección, según las alegaciones y las pruebas aportadas por las partes.

c) Litigios contra el estado

En el territorio de un Estado soberano, todos sus habitantes, nacionales y extranjeros, están sometidos al ordenamiento jurídico de ese Estado y la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna. Así es como se estructuraron sistemas jurídicos basados en leyes creadas por el Estado y la cultura jurídica de nuestros países latinoamericanos ha erigido a este respecto al menos cuatro postulados: el Derecho se reduce a la ley formalmente vigente; la voluntad general expresada en la ley será, a su vez, expresión de lo justo; el Estado está investido de prerrogativas porque promueve el bien común y deberá reconocérsele un conjunto de potestades y privilegios; se crean distinciones entre normas de Derecho Privado y de Derecho Público.

Aquí surge un tercer punto de conflicto que tiene relación con el arbitraje de inversiones, porque la decisión de un panel arbitral internacional, con seguridad se referirá a los institutos del Derecho Público interno de esos Estados, es decir a normas consustanciales a su tradición jurídica y muy caras a la sensibilidad de sus operadores legales.

Y ahí aparece la desconfianza de los Estados que consideran invadidos sus sistemas procesales a los que suelen considerar de "orden público", porque perciben que sus potestades soberanas están siendo rebasadas por tribunales arbitrales extranjeros cuando éstos disponen la adopción de medidas cautelares o resuelven controversias condenándolos a satisfacer cuantiosas indemnizaciones.

Para resolver conflictos en el ámbito del derecho público, los Estados de tradición jurídica románica han creado órganos especializados en lo contencioso administrativo con potestades jurisdiccionales exclusivas y excluyentes y por ese motivo, para muchos deviene inexplicable la existencia de otros órganos, más aún, arbitrales extranjeros, que fiscalicen y hagan valoraciones jurídicas sobre materias relacionadas con actuaciones de un Estado soberano.

Las controversias entre inversionistas y Estados bien podrían ventilarse ante los órganos contencioso administrativos –nos dirán–, más aún si los contratos que vinculan a esas partes son de carácter administrativo y las declaraciones de voluntad que hace el Estado a través de reglamentos y de actos administrativos están sujetas a los principios del derecho administrativo.

El derecho internacional de las inversiones nos recuerda que los compromisos asumidos por el Estado, con relación a inversionistas extranjeros, comportan obligaciones internacionales y que, por mandato de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados no pueden invocar las normas de su derecho interno para incumplir tales obligaciones[8].

d) El sistema procesal y la práctica de pruebas instrumentales y testimoniales

En un litigio arbitral internacional también contradicen los sistemas probatorios: por un lado se practican pruebas bajo el sistema de obtención y revelación de documentos *discovery* del régimen angloamericano, frente a los métodos inquisitoriales que hacen parte de la tradición civilista adoptada en la mayoría de los códigos procesales de América Latina.

8. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "**Art. 27.-** El Derecho Interno y la observancia de los tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46".

En este tema es particularmente importante en la tramitación de una controversia arbitral para revelar un documento o reexaminar un testigo, más aún cuando se ha difundido la tesis de la "deslocalización del arbitraje" en virtud de la cual un panel arbitral no está sujeto a ninguna ley adjetiva y, en consecuencia está autorizado para aplicar las normas procesales que estime más apropiadas al caso concreto[9].

IV. PROCESOS DE ELABORACIÓN DE LAS REGLAS LEGALES

Una vez que los principios jurídicos originados en la costumbre internacional han venido plasmándose en tratados de protección de inversiones, ¿podríamos concluir que el derecho internacional de las inversiones ha abrazado el positivismo legalista presente en la organización jurídica de nuestros Estados latinoamericanos?

En mi opinión esa podría ser una conclusión extrema, porque supondría que todo derecho solamente podrá fundamentarse en la norma escrita de un tratado.

Frente a este fenómeno, una conclusión atenuada, pero más objetiva, sería que el derecho internacional de las inversiones tiene un punto de aproximación con los sistemas de tradición románica a partir de la consagración de sus principios en normas escritas, nada más.

Por ello es necesario enfatizar que este acercamiento hacia la codificación de reglas de protección en tratados bilaterales presenta algunos matices. La técnica adoptada en los procesos de elaboración de las normas en los tratados de protección recípro-

9. Sobre el tema existe un interesante análisis de Pedro J. Martínez Fraga titulado "La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (*Discovery*) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional", Revista Peruana de Arbitraje No. 8, Lima, 2009 pp. 51-101.

ca de las inversiones también es cercana a cómo se organiza el sistema del *common law,* sin quedar tampoco cobijada bajo la sombra de este sistema.

La escuela del Análisis Económico del Derecho ha establecido que existen distintas formas en que pueden desarrollarse la tarea legislativa y los contenidos de la norma de derecho. Según las reflexiones de Richard Posner[10], catedrático de la Universidad de Chicago y Juez del Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, el legislador puede optar por el "método estatutario" en que el mismo asume mayor responsabilidad para definir con precisión el contenido de las reglas que dicta, o puede optar por el "método del estándar" que, a diferencia del anterior, exige de los jueces un trabajo preponderante para la formulación de reglas.

El "método estatutario", adoptado en regímenes de tradición civilista produce normas sobrecargada de requisitos, de condicionantes y de preceptos que procuran agotar hipótesis y que deben cumplirse para poder obtener el objetivo que la imaginación del legislador se propuso alcanzar.

Por su parte, el "método del estándar" se conforma con la enunciación de un concepto jurídico indeterminado y es utilizado por todos los tratados de protección de inversiones, que se han limitado a establecer un parámetro para que sea la apreciación del juzgador la que establezca en cada caso si la conducta de que se trate se encuadra o no en dicho parámetro cumpliéndolo o transgrediéndolo. Ejemplos de esos conceptos jurídicos indeterminados son: trato nacional, tratamiento de la nación más favorecida, trato justo y equitativo, no confiscación, libre transferencia de fondos y dividendos.

Los operadores jurídicos de nuestros sistemas, abogados, jueces, legisladores, académicos que nos hemos formado bajo los

10. Richard A. Posner, "El Análisis Económico del Derecho", Ed. Fondo de Cultura Económico, México D.F., 2ª. ed. en español, 2007, pp. 836 a 842.

cánones de un sistema de Derecho que abraza la tradición codificadora civilista y el positivismo kelseniano, tenemos una mayor inclinación por el método estatutario, y por tradición hemos reducido el fenómeno jurídico o un fenómeno social a la letra de una ley detallada porque semejante método aporta, aparentemente, mayor seguridad y certeza. Bajo una concepción hegeliana que considera al Estado como la encarnación del espíritu ético, será la soberbia de la voluntad ordenadora de un legislador la que le lleve a pensar que en su imaginación pueden quedar resueltas todas las posibilidades que la diversidad humana plantea, y para ello expedirá normas y más normas y no se cansará de crear y recrear instituciones jurídicas, ordenándolas en un código.

Por su parte, el "método estándar" o del "concepto jurídico indeterminado" que emplean los tratados de protección de las inversiones y que constituyen la materia sobre la que se pronunciarán los tribunales internacionales de arbitraje, con posiciones más modestas, confía en el papel creador del juez, en la lógica que éste emplee y en su sentido de la justicia para resolver apropiadamente el caso partiendo de circunstancias específicas, a fin de establecer si el hecho concreto está o no dentro del concepto jurídico indeterminado, dentro del estándar o principio enunciado por la norma o por la costumbre.

El "método estándar" es menos rígido que el "método estatutario", pero sin lugar a dudas presenta mejores condiciones para adaptarse a la dinámica de la realidad; y en un mundo altamente competitivo, en que la globalización de los mercados interrelaciona inversionistas privados y Estados con una mayor intensidad, es de suponer que el índice de conflictividad tenderá a incrementar y que ante ello los arbitrajes de inversión deben presentar condiciones de mayor adaptabilidad a la conflictividad creciente entre los intereses contradictorios de inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversiones.

En el análisis económico de los métodos legislativos, Francisco González de Cossío ha destacado al menos cuatro razones que se deben tener presente para optar por uno u otro método: *(i)* costo de negociación de la norma al que prefiero llamarlo costo de promulgación; *(ii)* costos de agencia para controlar su efectiva aplicación; *(iii)* depreciación de la regla relativa a la vigencia de la norma como fuente de derechos; y, *(iv)* eficacia y observancia[11]

a) PROCESO DE PROMULGACIÓN. El método del principio enunciado facilita el consenso en cuanto a su contenido porque el concepto indeterminado se limita a precautelar un valor jurídico. Los tratados de protección de inversiones que precautelan estándares de no confiscación, no discriminación, trato justo y equitativo, no abundan en la regulación de qué se entiende por tales preceptos, y trasladan la dificultad de definir sus contenidos a los tribunales arbitrales que conocerán de una disputa de inversiones.

El método estatutario presenta dificultades para alcanzar el consenso entre quienes aprueban la norma, porque en la aspiración de detallar su contenido aflorarán múltiples intereses, aun cuando su ejecución pueda resultar más fácil porque el juzgador o el funcionario administrativo se limitarán a establecer si los hechos están o no comprendidos dentro de la norma legal y de la casuística de la norma.

b) COSTOS DE AGENCIA: Así es como Posner identifica la aplicación práctica del método estatutario o reglamentario que permite un mayor control y arroja una mayor certidumbre en la observancia de la norma. Sin embargo, como destaca Francisco González de Cossío, en la práctica, el método del prin-

11. En este análisis adeudo la contribución doctrinal de Richard Posner en su obra Análisis Económico del Derecho y la síntesis de Francisco González de Cossío en un interesante artículo titulado "Medidas equivalentes a Expropiación en Arbitrajes de Inversión", publicado en la Revista Internacional de Arbitraje No. 4, enero-junio 2006, E. Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y LEGIS, Bogotá Colombia, páginas 169 a 172.

cipio enunciado se ha revelado más eficaz para lograr los fines últimos que se propuso alcanzar la norma.

c) DEPRECIACIÓN DE LAS REGLAS: La vigencia de la norma es un aspecto fundamental porque bajo el método legislativo que adoptan los tratados de protección de inversiones, sus contenidos resultan impermeables al paso del tiempo puesto que corresponderá a la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales el papel de adaptar el estándar a las cambiantes circunstancias de la realidad.

Las reglas detalladas, como las que existen en nuestros sistemas legales, tienden a la obsolescencia en períodos relativamente breves y generan otro tipo de dificultad cuando las normas derogadas por la realidad quedan formalmente vigentes en nuestros sistemas legales, generando pérdida de confianza y vaciando de contenido a la seguridad jurídica.

d) EFICACIA DEL DERECHO. Sobre este punto, hago mías las conclusiones de Francisco González de Cossío que precisa cuatro aspectos a tener en cuenta: el primero es más fácil observar una regla que un estándar; el segundo, la observancia de la regla brinda mayor seguridad que la del estándar; el tercero, la reglamentación vía estándar es más proclive a lograr los fines últimos que se propone la norma; y el cuarto, que con los estándares, la determinación del cumplimiento es *ex post facto*[12].

Como se puede apreciar, el método de legislación al que Posner denomina "estatutario" y que adoptan nuestros países en la estructuración de sus sistemas legales es radicalmente diferente al "método estándar" o del principio enunciado que caracteriza a la técnica de legislación de los tratados de protección recíproca de inversiones. El primero, el método estatutario, privilegia la certeza de una normativa lo suficientemente desarrollada para alcanzar seguridad. Pero es una seguridad sobre la

12. Francisco González de Cossío, op. cit. p. 171.

regulación declarativa de una norma y que muchas veces se desentiende de la eficacia de su aplicación.

V. Conclusiones

1. La globalización de la economía nos demuestra, por un lado, que el tráfico mercantil integra con mayor eficacia economías y tecnologías y, por otro, que la integración de los sistemas jurídicos no opera con la misma dinámica. Sin embargo, la intensificación del comercio y del flujo de las inversiones, ha impulsado una suerte de convergencia entre regímenes de tradición jurídica diversa.

2. La denominada "globalización" nos avoca a otras maneras de entender y aplicar el derecho porque vincula no solamente economías sino regímenes jurídicos y en ese acercamiento de las familias del Derecho se aprecia que la costumbre mercantil internacional y la jurisprudencia desempeñan un papel protagónico para definir el alcance de los estándares de protección a las inversiones, distinto al que le asignan nuestros sistemas de tradición civilista.

3. El derecho internacional de las inversiones es el producto de una confluencia de tradiciones jurídicas expresadas en estándares de protección a la inversión extranjera como son la no discriminación, el trato justo y equitativo, la no confiscación, la cláusula de la nación más favorecida, el trato nacional, todos ellos orientados a precautelar el derecho natural a la seguridad jurídica, el principio universal de buena fe y el derecho humano fundamental a la propiedad. Estos estándares nacidos de la costumbre y de prácticas inveteradas han sido recogidos en tratados de protección de inversiones y en capítulos específicos de los denominados tratados de libre comercio.

4. Los operadores legales no podemos permanecer indiferentes frente a este proceso y debemos profundizar en los cinco

puntos de conflicto que han quedado mencionados para facilitar la convergencia de los regímenes legales: concepción del derecho, sistema de fuentes, reglas de procedimiento y actuación de pruebas y, proceso de elaboración de reglas. En este tema es indispensable hacer un análisis costo / beneficio de los diversos institutos jurídicos involucrados en una controversia arbitral internacional, principalmente, de los estándares de protección de las inversiones. Se hace necesario también valorar el aporte de la costumbre como fuente de las instituciones mercantiles y reflexionar sobre los vicios del positivismo analítico que reduce el fenómeno jurídico a la letra de la ley.

5. Los tribunales arbitrales internacionales que conocen de controversias relativas a inversiones, de alguna manera hacen posible esta integración jurídica a fin de que el Derecho y los ideales de justicia que podrían diferir según sea la cultura que los aplica, no pierdan el compás marcado por la dinámica del intercambio mercantil y no se aparten de los fundamentos del derecho natural. Aun con la existencia de laudos contradictorios, el sistema arbitral internacional tenderá a depurarse en cada caso que resuelva con el auxilio de la doctrina y de los abogados que litigan.

6. El derecho internacional de las inversiones tenderá a crearse y a recrearse en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales que se constituyan bajo el sistema CIADI o bajo las reglas UNCITRAL. Las culturas jurídicas que se comunican a través del arbitraje deben estar atentas a los brotes de incultura jurídica y de aculturación que no han tardado en aparecer para desmerecer al arbitraje internacional de inversiones y para ensimismar a los regímenes legales en un aislamiento injustificado en un mundo cada vez más interrelacionado.

COMPRANDO JUSTICIA

¿GENERA EL MERCADO DE ARBITRAJE REGLAS JURÍDICAS PREDECIBLES?

Alfredo Bullard G.

1. INTRODUCCIÓN

Si un abogado le dice que le ha pagado a un Juez ¿Qué pensaría? Seguramente nada bueno. Entonces ¿Por qué no debería llamarnos la atención que un abogado le dijo que le pagó a un árbitro? ¿Cómo es posible que quien vaya a decidir un caso con autonomía e independencia reciba dinero de las partes? Intuitivamente la respuesta parece obvia, pero no lo es tanto.

Para quién diga que las partes no le pagan al árbitro para que resuelva de cierta manera, sino simplemente para que actué con justicia, en un pago conocido por todos y totalmente transparente, habría que recordarle que al designar al árbitro (especialmente si hablamos de árbitros de parte) la decisión de elección lleva indirectamente la decisión de pagarle, lo que puede generar el compromiso de "servir" a quien lo designa. ¿Creemos que sería igualmente aceptable que las partes les pagaran a los vocales de la Corte Superior que "escogieron" para resolver su caso?

Solemos asociar el pagar por la justicia como un acto malo. Parece que dinero y justicia no se llevan bien, porque algo tan "santo y sagrado" (no por nada el símbolo de la justicia en los tribunales es una diosa griega) no puede ser comprado. Es una suerte de regalo divino, que como el maná, cae del cielo, traído

por unos seres desinteresados y alejados del bien y del mal, a los que llamamos jueces.

Pero el mundo real es muy distinto. Ni la justicia pagada es esencialmente mala ni los jueces son esos seres divinos y sobrehumanos que quisiéramos que fueran.

El arbitraje ha avanzado en el mundo, y en particular en el Perú, de manera importante al nivel de haberse consolidado como un sistema muy usado y respetado, al menos en términos generales. Dicho de otra manera, el arbitraje ha ganado espacio en el "mercado de la justicia" a pesar de competir con un sistema judicial que recibe un subsidio estatal y que, como tal, es al menos en términos de tasas, substancialmente más barato. Y si las tasas son mayores, la explicación de su éxito no estaría en un menor precio, sino en una mejor calidad. Y en el mercado de justicia parecería ser que la calidad se mide, entre otras cosas, en términos de celeridad, autonomía, independencia, y carácter más técnico y realista del fallo. Pero muy especialmente en predictibilidad del fallo, es decir en la conciencia de poder saber, con alguna certeza, que es lo que se va a resolver.

Este no es un artículo sobre la corrupción judicial (o arbitral). No vamos a analizar los casos en que las partes en un juicio compran el fallo pagándole al juez y desvían la justicia de sus fines. Vamos a analizar porque pagarles a los "jueces" arbitrales puede conducir a un sistema de solución de controversias más justo que uno en el que uno no les paga a los jueces. Y en particular vamos a analizar por qué este sistema puede ser mejor no sólo para las partes en el conflicto, sino para la sociedad en su conjunto.

Este artículo va analizar la externalidad positiva que el sistema arbitral genera a la sociedad, al generar un conjunto de reglas más predecibles que las generadas en el ámbito judicial, y por esa vía reducir los costos de transacción en la economía. Veremos como un sistema en su origen privado está en capaci-

dad de generar un bien público. Ese bien público es la predictibilidad y calidad de las reglas y principios legales.

Este artículo sostiene que la compra de la justicia es algo bueno, pero no entendido en el sentido de un fallo obtenido pagando dinero, sino como permitir que la justicia sea generada por contratos en el mercado, por transacciones voluntarias en las que las partes se ponen de acuerdo en "comprar" juntos a quien va a resolver un conflicto que los involucra a ambas. El arbitraje es el "bien" que se compra y se vende en este mercado. La premisa que sostendremos es que el resultado de esta compra y venta es no solo una mejor solución al conflicto concreto, sino un mejor sistema legal para todos.

La hipótesis central de este trabajo es que la justicia es un bien que, en la mayoría de condiciones, puede ser producida a través del sistema de mercado, y en concreto a través del arbitraje. En ello este artículo no propone nada realmente novedoso. Cientos de artículos y trabajos enumeran, entre las ventajas del arbitraje frente a los sistemas judiciales, la celeridad, el informalismo, su carácter menos conflictivo, la especialización, entre otras.

Existe un consenso relativamente difundido que el arbitraje es bueno para resolver conflictos entre privados, en especial de naturaleza comercial. Si Juan le vende una casa a Pedro y Juan se niega a cumplir con su promesa, parece mejor irse a un arbitraje que al juez. El árbitro definirá el problema más rápido y de manera más efectiva y especializada que un sistema judicial recargado y saturado de procesos.

Sin embargo una de las críticas más comunes es que el gran problema no está en la función de solución privada de conflictos, sino en la incapacidad del arbitraje de generar reglas generales. Así se suele alegar que siendo un sistema de justicia individualizada y confidencial, donde los incentivos para hacer bien el trabajo son creados por el pago que hacen las partes, no sujeta a

precedentes ni controles de tribunales de apelaciones que cumplan la función nomofiláctica o función de uniformizar criterios[1], y en el que los fallos suelen ser confidenciales, el arbitraje no crea reglas o cuerpos de derecho orgánicos que reduzcan los costos de transacción en la economía en su conjunto. Así la función nomofiláctica no es cumplida por nadie en el arbitraje.

El arbitraje, se dice, tiende a la dispersión de reglas porque los árbitros son especiales para cada caso, y lo resuelven según sus propios criterios y no en función de criterios generales. El resultado es tantas reglas como casos se presenten, y por tanto la justicia arbitral conduce a un supuesto "caos" de decisiones impredecibles e inciertas. Mientras que el sistema judicial cuenta con una Corte Suprema que, cumpliendo la función nomofiláctica, vela por darle organicidad a todas las decisiones y generar un sistema de reglas predecible para todos, los sistemas arbitrales impiden a que cada caso contribuya a este proceso de uniformización, y por el contrario fomenta la dispersión y confusión

El arbitro, se dice, no tiene ningún incentivo para seguir un precedente anterior sobre un tema similar, y tampoco tendrá ningún incentivo para analizar el caso buscando una regla adecuada no sólo para el caso que resuelve, sino para otros casos similares. Finalmente preferirá una regla que se ajuste mejor al problema de quienes le pagan (las partes) y no al problema del resto del mundo, de los que no reciben nada a cambio. Si la regla es buena o mala para casos futuros, ese no es su problema y para eso no lo han contratado.

El resultado sería incertidumbre, y la consecuencia de la incertidumbre es el incremento de los costos de transacción en la economía, es decir, de los costos de contratar. Como las partes no saben como va a resolver un árbitro en una situación dada,

1. Dado el carácter limitado del recurso de anulación que no evalúa lo resuelto en el fondo y que por tanto no tiene revisión de las reglas sustantivas aplicadas, este solo tiene una función nomofiláctica muy reducida y centrada en aspectos meramente formales.

entonces contratar se hace más difícil. Según este argumento los abogados tendrán que hacer contratos más detallados y sofisticados para protegerse de la incertidumbre arbitral y con ello la economía se moverá lentamente. En cambio en un sistema judicial que funcione bien, la Corte Suprema mandará mensajes claros y las partes sabrán cual es el principio aplicable, con lo que contratar se hace más fácil, reduciendo los costos de transacción.

Veremos que el argumento es falaz y no comprende el adecuado funcionamiento de los mercados, siendo el mercado de arbitraje (que no es otra cosa que un mercado de justicia) uno en el que las premisas básicas del modelo económico se cumplen.

2. La Creación de Reglas Particulares o Generales: la Justicia como un Bien Privado y como un Bien Público

Tradicionalmente tendemos a pensar en los sistemas de justicia como un bien público, y que por tanto tiene que ser suministrado por el Estado. Pero la justicia, al menos en temas de Derecho Comercial, es fundamentalmente un bien privado.[2]

Los bienes privados son aquellos destinados a satisfacer necesidades individuales y como tales pueden ser provistos por el mercado. Se asume, por el contrario, que los bienes públicos no pueden ser provistos por el mercado.

Veamos esto con un par de ejemplos. Imaginemos que deseo un televisor. Tengo una preferencia por un modelo que satisfaga ciertas necesidades (quiero sonido estéreo, pantalla plana, doble sintonizador, etc.) y tengo un presupuesto limitado

2. Para un análisis mucho más detallado del carácter de bien público o privado de la justicia puede revisarse el excelente trabajo de Andrés Bayly Letts y Enrique Pasquel Rodríguez "¿Quién Dijo que en Salem Hubo Brujas? La Privatización del Servicio de Justicia: Rompiendo el Mito de la Justicia Estatal." En Themis-Revista de Derecho. Segunda Época. 2003, No. 46. pp. 315-341.

para satisfacerlo (no tengo dinero infinito, por lo que solo puedo pagar hasta determinado precio). Si voy al mercado tengo distintos alternativas dadas por productores de televisores que ofrecen muchas combinaciones de características y distintos precios. Si encuentro el que quiero al precio que puedo pagar, entonces lo compro.

Una vez hecha la compra puedo excluir a los demás del uso de mi televisor una vez que me lo entreguen, y en principio no genero externalidades a terceros, es decir ni costos ni beneficios externos. El modelo de televisión que compro no afecta ni positiva ni negativamente a otras personas, salvo a mí. Si se ve bien o mal, si el sonido es adecuado o no, ello depende de mi decisión de compra y del cumplimiento de las obligaciones del proveedor. Mi vecino (salvo que lo invite a ver televisión o que no soporte el ruido de un volumen alto) es indiferente a que televisor me compré. No se generan ni costos ni beneficios a personas distintas a quienes celebraron el contrato. No se generan externalidades.

En esa línea el sistema de precios permite que se produzca la cantidad y calidad adecuada de televisores, por medio de las señales que da este sistema. Por ejemplo si una empresa ofrece televisores muy malos o muy caros, el mercado los irá eliminando porque nadie los comprará. Si otro proveedor ofrece muy buenos televisores a precios convenientes, sus ventas aumentarán y se producirán más televisores de ese tipo, sin que nadie distinto a quienes lo compran y lo venden se vea afectado. El mercado asegura una provisión de televisores que se adecue a la demanda, entendiendo demanda como una simple agregación de numerosas demandas individuales.

La situación es distinta, al menos en términos teóricos, con los bienes públicos. Imaginemos una calle. Si yo deseo una calle de determinadas características, bien asfaltada y construida, a un determinado precio, y pago por ella, se produce un problema evidente. Dado que es difícil excluir a los demás del uso de la

calle, los demás usuarios recibirán beneficios de mi gasto, beneficios por los que no pagarían. Tienen una mejor calle gratis. Por su parte, dado que no les cuesta usar la calle, la usaran intensivamente y de mala manera. Si la destruyen, pago los platos rotos. En consecuencia no tengo ningún incentivo para invertir privadamente en calles. El resultado es que usualmente las calles son provistas por el Estado. Como la gente no está dispuesta a pagar por concederle beneficios a los demás, se tiene que usar el sistema tributario, hacer cobros compulsivos llamados impuestos, y así financiar su construcción. La calle, como bien público, es entonces construida por el Estado, por medio de una decisión centralizada y no por el mercado a través de millones de decisiones descentralizadas.[3]

La pregunta es entonces si la justicia es un bien privado (como un televisor), y como tal susceptible de ser suministrado por contratos en el mercado (arbitraje) o es un bien público (como la calle), y como tal tiene que ser suministrado por el Estado de manera centralizada (cortes ordinarias). ¿Puede generarse una justicia adecuada confiando en un sistema de miles o millones de decisiones individuales y descentralizadas o se requiere de un sistema estatal con decisión centralizada para su diseño e implementación?

En realidad la justicia tiene elementos de bien privado y de bien público. Por un lado la solución de un conflicto particular y específico como si debo o no pagar el precio de la casa que compre, es un bien privado. Si las partes contrataron para que el problema lo resuelva un Tribunal Arbitral, cuyos honorarios serán pagados por ellas, el resultado concreto (si debe o no pagarse) atañe en principio sólo a las partes contratantes que se sometieron al arbitraje. Asumen los costos (pago de honorarios más el riesgo de perder) y reciben los beneficios (solución de su conflic-

3. En realidad uso el ejemplo de la calle porque es bastante gráfico, pero la idea que las calles son un bien público y que no admiten ser un bien privado es muy discutible. Para ver una breve discusión sobre el tema se puede revisar Bullard G, Alfredo. "Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales". 2da Ed. Palestra 2006. pp. 120-121.

to y eventualmente el éxito en el caso). Si el arbitraje es malo, las partes sufren la consecuencia de haber "comprado un producto" de mala calidad. Si el arbitraje es bueno reciben los beneficios de una decisión adecuada. La justicia recibida es un simple producto adquirido de manera similar a como se adquiere un televisor, con sus ventajas y desventajas. Solo las partes reciben los costos o beneficio de un buen o de un mal arbitraje. Desde esta perspectiva no hay, por tanto, externalidades a terceros.

El único elemento que diferencia el arbitraje de la compra de un televisor es que uno de los adquirentes puede perder y por tanto obtener por su compra algo no deseado. Pero ello es sólo una diferencia aparente y no real si uno entiende el objeto de lo que se compra. La parte, en un arbitraje, no compra un resultado favorable. Sólo compra un mecanismo para arrojar un resultado, conciente que el resultado podría no ser bueno para él. El recibe aquello por lo que pagó si los árbitros fueron justos, rápidos, efectivos y sustentaron bien su fallo. Ganar no es algo que esté en el precio pagado. Una situación similar se presenta en otras operaciones en el mercado. Si compro un billete de lotería, no estoy pagando por ganar. Sólo estoy pagando por tener la posibilidad de ganar siguiendo un procedimiento con reglas establecidas que asumo se aplicarán de manera transparente. Si voy a un médico para que me haga un diagnóstico, no estoy pagando un resultado favorable de los exámenes, simplemente estoy esperando que me digan que tengo, así no me guste.

Sin embargo, se argumenta que la justicia tiene un elemento adicional que la asemeja a un bien público y que, por tanto, sólo puede ser provisto por el Estado. Si los árbitros crean reglas buenas y predecibles, aplicables a otros casos, entonces los demás individuos en la sociedad nos beneficiamos. Si luego de decidido el caso de si debe o no pagarse el precio de la casa, queda claro que el comprador debe cumplir, ello podría beneficiar a todos los demás que tengan un caso igual porque las reglas que se establezcan (1) hacen más fácil la solución de casos posteriores similares por otros árbitros que decidan aplicar el preceden-

te, (2) evitan que se presente el conflicto porque cuando se presenta el problema las partes sabrían como van a resolver los árbitros y por tanto ya no litigarían y simplemente seguirían la regla creada con anterioridad, y (3) harán más fácil la redacción del contrato, porque como ya se conoce la regla no es necesario negociar con tanto detalle el contrato porque ya la consecuencia de un hecho es conocida y está identificada. Ello reduce los costos de contratar.

Estos elementos pueden ser entendidos como bienes públicos porque ahorran costos y generan beneficios para otros que no han pagado a los árbitros. Pero ¿Por qué deberían los árbitros preocuparse por ello si esos terceros no les pagan? En resultado sería entonces que el bien público asociado a la justicia no se produciría de manera óptima. Ocurriría algo similar a lo que ocurre con la calle, cuya producción por el mercado sería subóptima.

3. La Falacia de que el Mercado no Produce Bienes Públicos

La afirmación de que los mercados no pueden generar bienes públicos es falaz. Sobre esta falacia se construye gran parte del argumento desarrollado en el punto anterior. Si bien se puede decir que en determinadas circunstancias el mercado tiene ciertas dificultades para generar bienes públicos, pero los mercados generan una serie de bienes públicos creando externalidades positivas por doquier. Me atrevería a decir que todos los bienes privados generan a su vez bienes públicos y que una parte muy importante, quizás mayoritaria, de los bienes públicos, es generada por mecanismos de mercado.

Los economistas suelen usar como ejemplo para estos efectos el caso de los faros. Los faros, construidos para guiar a los barcos en la noche, son en principio bienes públicos. Una vez construidos benefician no sólo al que pago por su construcción, sino a todos los demás barcos que navegan por las aguas aleda-

ñas. Una vez hecha la inversión no es posible excluir del uso de la luz, en medio de la noche, a aquellos barcos que no han pagado por la construcción y operación del faro. Por otra parte el cobro de un "peaje por uso de luz" es virtualmente imposible. Los faros son típicos bienes públicos y como tales habría que esperar que sean construidos por el Estado con recursos provenientes de nuestros impuestos.

Pero la realidad desmiente ese hecho. En muchísimos países los faros son generados por inversión privada. ¿Qué explica que los privados estén dispuestos en gastar recursos o en generar beneficios a terceros?

En realidad la explicación es relativamente sencilla. Basta que el privado reciba un beneficio individual que supere el costo que tendría que incurrir para tener un bien público que necesita, para que esté incentivado a generarlo. Así, si un conjunto de navieras o el titular de un puerto, que se benefician con la circulación constantemente de barcos por un lugar donde se necesita luz de guía en la noche, encuentran que el beneficio de contar con un faro adecuado justifica la inversión de construirlo y operarlo, entonces tendremos un faro a pesar que hayan terceros que se beneficien gratuitamente de su existencia.

Si bien la luz es un bien público del que no se puede excluir a terceros, tendremos luz si los benéficos privados de tenerla lo justifican. En ese sentido el tener buenas reglas es como la luz: las partes y los árbitros tendrán buenas reglas así no puedan excluir a los demás de generarlas, si el beneficio de esas reglas justifica la inversión privada en generarlas.

Podemos citar una serie de otros ejemplos similares. Imaginemos un grupo de empresarios textiles que desean que suba el arancel a los productos chinos para mejorar su negocio. Si tienen éxito la medida no sólo los beneficia a ellos, sino también a todos los empresarios textiles del país. Es pues un "bien público" en beneficio de todos los textiles. Para conseguir su

objetivo se involucrarán en una campaña de lobby dirigida a conseguir que la norma que necesitan se apruebe. Esa campaña tiene un costo (contratación de abogados, de lobbistas, tiempo, campaña de medios, o tratarán de meter al Congreso a varios congresistas asumiendo el costo de su campaña, etc.), costo que tendrá que ser asumido por un grupo restringido de participantes y no por todos los empresarios textiles. Un grupo de empresas asumirá dicho costo siempre que el beneficio de la medida justifique su inversión, y asumirán que su esfuerzo beneficiará a las demás empresas (no participantes en la campaña), que recibirán un beneficio gratuito. Si los costos de transacción lo permiten, el grupo de empresas pagará por el lobby.[4]

Otros ejemplos sería el de una persona que limpia la vereda frente a su casa a pesar que ello beneficia a todos los que pasan, la persona que contrata un vigilante para cuidar su carro a pesar de saber que ello aumenta la seguridad para todos los vecinos de la cuadra, el periodista que encuentra la primicia a pesar de saber que una vez publicada los demás periodistas podrán colgarse de ella, la mujer o el hombre que se arregla para verse más atractivo, beneficiando a todos aquellos que pueden mirarlos sin poder cobrarles el beneficio, el club de Golf que invierte en tener sus áreas verdes en beneficio de todos los edificios que se construyen a su alrededor para aprovechar la vista, las personas que inventan chistes que de boca en boca hacen reír a miles que nunca pagaron por el esfuerzo de crearlos, etc.

4. Nótese que otros grupos pueden tener el interés de generar un bien público distinto. Por ejemplo los consumidores pueden organizar también lobby para que no suba el arancel y gozar de productos más baratos. Lo que la teoría del *public choice* indica es que ese lobby es menos probable porque el interés de los consumidores está disperso en un número mayor de personas cuyos intereses son más difícilmente de alinear en una atmósfera en donde los costos de transacción para organizar el lobby son más altos. Ello explica porque es común encontrar esfuerzos de lobby por parte de grupos empresariales y más difícil encontrar esfuerzos de lobby de grupos de consumidores. Para un detallado análisis de este fenómeno se puede revisar Olson, Marcur, "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". Harvard University Press, 1977, pp. 5-52.

Incluso los típicos bienes privados más típicos generan bienes públicos importantes en el mercado. Regresemos al ejemplo del televisor. Imaginemos que un fabricante de televisores descubre una innovación tecnológica importante que puede beneficiar a los consumidores. Esta innovación es, por ejemplo, el control remoto. Pero dado el carácter nuevo de la tecnología aplicada el costo de los televisores con control remoto es relativamente alto en un inicio y la calidad no esta aún bien lograda. Algunos consumidores, con una preferencia muy fuerte hacia la nueva innovación, deciden comprarla. Al hacerlo asumen buena parte del costo inicial de haberla creado y a la vez crean incentivos para mejorar la calidad del nuevo elemento. Esos consumidores están generando, a su costo, beneficios para los consumidores futuros que adquiriremos controles remotos más económicos y mejores mañana, sin asumir los costos iniciales. Sin saberlo, los consumidores pasados están subsidiando a los consumidores futuros. De hecho puede beneficiar a otros productores que imitarán la iniciativa de tener controles remotos en sus televisores sin haber hecho el mismo esfuerzo ni asumido los nuevos riesgos. De esta manera, se genera una externalidad positiva.[5]

Otro ejemplo interesante[6] es la moda. Los diseñadores crean nuevos modelos usando tiempo y esfuerzo sabiendo que estos podrán ser duplicados casi de inmediato por otros productores de ropa. Alguien tuvo la idea de acampanar los pantalones y de pronto todos los pantalones reflejan ese cambio. El que hizo el esfuerzo genera un beneficio a los demás, que no le van a pagar por el esfuerzo, sólo con el incentivo que la nove-

5. Es cierto que buena parte de los incentivos pueden haber sido creados por protección de propiedad intelectual. La patente permite excluir por un tiempo a nuevos proveedores del uso de la innovación, lo que reduce el efecto de la externalidad. Pero ello no significa que se dejaría de innovar si es que no hubiera protección de la propiedad intelectual y que incluso sin reconocer una patente no habrían inventos. Para una explicación detallada de esto se recomienda revisar el capítulo titulado "Reivindicando a los Piratas ¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?" del libro "Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales" en Bullard G, Alfredo, op. cit., pp. 203-238.
6. Y en el que justamente no hay una protección intensa de propiedad intelectual.

dad y el ser él el que lo innovó le permitirá tener algunos ingresos adicionales.

Con la justicia pasa una cosa similar a con los televisores o la moda. En principio la justicia es un bien privado,[7] que se puede generar mediante un acuerdo de las partes y los árbitros para resolver una controversia. Pero puede tener un efecto de bien público (mejores reglas para todos). Las partes harán la inversión que generará el bien público si los beneficios que reciben lo justifican.

De alguna manera el dilema de bien privado vs. bien público también esta presente en el litigio ordinario judicial. Imaginemos un caso en el que hay incertidumbre, como ocurrió con el famoso caso *Brown vs. Board of Education*[8], en Estados Unidos. El caso se trató de la discriminación en las escuelas a las personas de raza negra. Había muchos discriminados, pero bastaría que uno hubiera luchado por generar un precedente para que beneficiara a todos los demás que se encuentran en la misma situación. Uno carga el costo y genera la externalidad positiva en los demás. Y eso es lo que pasó. No todos los discriminados iniciaron la acción, pero todos se beneficiaron. El que cargó con el costo (porque sus beneficios privados lo beneficiaban) generó un bien privado (que no discriminen al grupo que siguió la acción) y un bien público (que no se discrimine en general a nadie).

Ello significa que, contra lo que se cree, incluso en el sistema judicial, buena parte de la predictibilidad de las reglas que benefician a todos, es generada por inversión privada y por argumentos de abogados que brindan servicios de naturaleza privada.

7. Esto se refiere principalmente a la justicia civil y a la comercial, es decir al Derecho Privado. En Derecho penal o en Derecho Administrativo podría ser que los rasgos privados se debiliten y los de bien público aumenten. Por ejemplo perseguir delitos tiene una función preventiva que beneficia a toda la sociedad, lo que aumenta el componente de bien público. Sin embargo este artículo se concentra en la justicia en Derecho Comercial.
8. 347 U.S. 483 (1954)

Como veremos en el punto siguiente, existen elementos de juicio que permiten afirmar que el sistema arbitral tienda a generar reglas más predecibles y adecuadas para la sociedad que las que se generan por medio del sistema judicial.

4. ¿Cómo Puede el Arbitraje Generar Reglas Generales Buenas y Predecibles?

Las razones más citadas por las que supuestamente las cortes ordinarias superan al arbitraje para generar reglas generales buenas y predecibles son: (1) la existencia de una Corte Suprema o un Tribunal unificador de criterios en el sistema judicial cumple la función nomofiláctica, generando reglas generales adecuadas, mientras ese sistema no existe en relación a tribunales arbitrales; (2) los árbitros no tienen ningún incentivo para generar reglas buenas y predecibles, sino sólo las reglas que solucionen el conflicto entre las partes, porque son ellas las que les pagan; (3) los arbitrajes suelen ser confidenciales y privados por lo que incluso si los incentivos existieran, las buenas reglas no se difundirían y no reducirían los costos de transacción en la economía. En pocas palabras nada difunde el beneficio externo o de externalidad.

Pero problemas similares se presentan en la producción de otros bienes privados que justamente generan como producto colateral bienes públicos.

Pocas cosas son tan predecibles como los productos y servicios que uno adquiere en el mercado. De hecho les puedo asegurar que hay menos incertidumbre de lo que recibiremos cuando compramos una Coca Cola de cuando estamos a la espera de una sentencia judicial. Los productos que tienen marcas reconocidas son increíblemente predecibles. El consumidor suele saber que es lo que va a recibir incluso sin conocer los detalles de donde se hizo el producto, como ha sido fabricado y como esta internamente diseñado. Ello se aplica no sólo a los elementos

privados de los productos, sino a ciertos bienes públicos asociados con ellos. El funcionamiento de un televisor es predecible, más allá de la marca que lleve. El mercado ha generado "reglas de funcionamiento" similares y estándares. Sin leer el manual sabemos como operarlo y manejar los controles, la numeración de canales está estandarizada.

Ello ocurre más claramente con los automóviles. A pesar de la diversidad inmensa de marcas, todos los automóviles se conducen de la misma manera, tienen el freno, el acelerador, la palanca de cambios, las luces, etc, en lugares y formas de operación predecibles. Para conducir un automóvil nuevo el chofer no necesita leer el manual del vehículo, porque las reglas fundamentales se aplican a todos los vehículos por igual. El desarrollo tecnológico puede traer cambios, pero la innovación va reflejándose por medio de una evolución paulatina y también predecible ¿Cómo se generaron esas reglas? Por el mercado, a través de la aplicación repetida de la ley de la oferta y la demanda. Nótese que el bien público "estandarización" ha sido financiado por los compradores anteriores de automóviles, quienes nunca se han preocupado de habernos generado beneficios a quienes compramos automóviles hoy. ¿Por qué no pasaría lo mismo con las reglas legales?

Podemos encontrar cientos de ejemplos similares. La moda que uno va a encontrar en las tiendas en determinado momento también es bastante predecible y facilita nuestros costos de búsqueda y de comparación. Hay una serie de elementos que tiene características y elementos similares en los mercados más allá de quien los ha producido, como tamaños de envases (las gaseosas suelen venir más o menos en ciertas presentaciones), formas de uso (la mayoría de cámaras digitales se operan de manera similar), garantías de fabrica (casi siempre nos ofrecen un año de garantía), e incluso precios (en mercados muy competitivos de bienes homogéneos –commodities– los precios son bastante parecidos), etc.

Todo ello ocurre sin que exista un "órgano central de planificación" que desarrolle nada parecido a la famosa función nomofiláctica, equivalente a una Corte Suprema, que establezca estándares de fabricación, calidad o precio. El juego de oferta y demanda cumple con este rol. Por ejemplo la gente suele comprar productos Sony porque son identificados como innovadores. Si la innovación es deseada, el fabricante innovará incluso si sabe que otros aprovecharán su esfuerzo innovativo sin pagar por él. Ello porque quieren fijar su imagen de innovadores frente a los consumidores. Si la gente desea operar los productos de manera sencilla y sin complicaciones, el fabricante hará el esfuerzo a pesar que ello beneficiará al final a los productores de otras marcas que imitarán sus iniciativas.

En segundo lugar podría pensarse (como se argumenta respecto de los árbitros) que los fabricantes de bienes no tienen incentivos para generar bienes públicos porque los beneficiarios no les pagan, y por tanto se limiten a generar bienes que satisfagan a sus clientes. Pero ello parte de la premisa falsa que satisfacer al cliente específico es cubrir un deseo distinto al que podrían tener los demás beneficiados en el mercado. Si una empresa en el negocio de la moda diseña una prenda para vendérsela a sus clientes, ¿Asume acaso que sus clientes desean algo distinto a lo que desean los demás seres humanos? Si bien es cierto que muchas empresas segmentan sus mercados, lo cierto es que incluso en ese supuesto benefician con su esfuerzo a terceros que están en el mismo segmento así no lleguen a ser sus clientes. Lo que es bueno para mis clientes suele ser bueno para los demás.

En tercer lugar buena parte de la información respecto a la calidad o ventajas de un producto se explica por información confidencial o simplemente no disponible al consumidor. Muchas de las ventajas de los productos se deben a secretos comerciales o industriales que el adquirente del producto o servicio ignora. Incluso, así no estemos frente a un secreto, buena parte de la información es simplemente ignorada. No necesito saber como se hace una computadora para saber que IBM es una

buena marca. A veces ni siquiera necesito haber tenido experiencia previa. De hecho no necesitamos conocer todas las experiencias de consumo anteriores sobre un producto para reconocer un producto como bueno. El consumidor ve la calidad en la marca, y no necesariamente la deriva de la comprensión integral de lo que el producto es en sí mismo.

¿Es el mercado de arbitraje distinto a otros mercados en estos aspectos? Los sistemas arbitrales tampoco tienen sistemas de unificación. Sin embargo, si los consumidores desean cosas similares, el mercado producirá cosas similares. ¿Y que desean los consumidores de arbitraje? Al igual como un consumidor de una lotería, el consumidor de arbitraje quisiera ganar. Pero dado que para consumir este bien requiere el acuerdo de su contraparte, el pacto no es posible porque los dos no pueden ganar. Lo que si podrían acordar es que gane el que tiene razón y que lo haga en un proceso transparente de decisión. Eso quiere decir que desean reglas predecibles y buenas. Y en principio querrán que se apliquen las reglas que tengan sentido económico si están involucrados en una relación patrimonial. Si pagué un precio mayor para que la otra parte asuma un mayor riesgo, si la contingencia de riesgo se presenta, lo deseable es que pague quien asumió dicho riesgo. Usualmente al contratar (que suele ser el mismo momento en el que se pacta arbitraje) lo que la gente desea es que se apliquen reglas lógicas desde el punto de vista económico y comercial. Si lo que se desea es transparencia, reglas lógicas y que tengan sentido económico, entonces el resultado será una regla predecible y buena.

Ello se refuerza si tenemos en cuenta como suele pactarse el arbitraje. El pacto arbitral, salvo casos excepcionales, suele presentarse ex ante al surgimiento del convenio, como una cláusula en el contrato cuando ambas partes están felices y no tienen problemas ni conflictos. Los pactos ex post al surgimiento del conflicto son más extraños. Cuando uno pacta ex ante ni siquiera sabe cual es la regla cuya definición será necesaria. No sabemos si será un problema de nulidad, de incumplimiento, de riesgo,

de aplicación de una cláusula de ajuste de precio o de una cláusula penal. No sabemos si nos conviene un arbitraje imparcial o uno que no lo sea tanto, porque no sabemos si nuestro caso futuro será débil o fuerte. Por ello, ante esa situación, el mejor sistema es el que arroje un resultado económicamente lógico, ajustado a los usos y costumbres del mercado, que es lo más que se puede pedir en ese momento dada la información disponible.[9]

Es predecible que las partes establecerán cláusulas que tengan sentido económico y que ambas se perciban como justas. Por ejemplo es de esperar que el riesgo de perdida de la cosa objeto del contrato se transfiera con la entrega justamente porque la posesión da mayor control sobre el riesgo de pérdida. La regla inversa coloca el costo en quien no puede controlar el riesgo, lo cual no tiene sentido económico y es percibido como injusto. De la misma manera también es esperable que busquen un arbitraje lógico cuyo resultado sea justo. No es fácil que una parte acepte un arbitraje que va a beneficiar a la otra. Y para que ello funcione el mecanismo buscará que se apliquen las reglas que las partes esperan, sea porque están claras en la Ley, o porque están claras en los usos y costumbres del mercado.

Si bien surgido el conflicto las partes pueden tener incentivos, por ejemplo mediante el mecanismo de designación de los árbitros, de generar un sistema no autónomo y menos predecible, lo cierto es que un buen convenio arbitral crea límites para que dicha manipulación no sea posible.

Si ello funciona así no es necesaria la existencia de una Corte Suprema. La predictibilidad no es creada desde arriba, por un

9. Esto explica porque es más difícil pactar un arbitraje ex post al surgimiento del conflicto. Allí se sabe cual es el problema y es posible apreciar si me conviene una decisión imparcial o no. Si mi posición es débil no querré un sistema justo, y preferiré un esquema más influenciable y eventualmente corrompible. Pero la otra parte, si sabe que su caso es más fuerte, no querrá un sistema influenciable o corrompible, sino uno justo. Los intereses están más distantes. Ello eleva los costos de transacción de pactar arbitraje bajo tales circunstancias y explica porque el cambio hacía sistemas que no exigen nuevos pactos una vez surgido el conflicto (como la primitiva figura de la cláusula compromisoria) impulsa el desarrollo del arbitraje como ocurrió en el Perú desde la dación de la Ley General de Arbitraje vigente que dejó sin efecto el sistema de cláusula compromisoria.

órgano centralizado superior, sino desde abajo, por medio de las decisiones de los "consumidores" del arbitraje en el mercado.

Ello además se engancha con los incentivos que tiene quien decide, es decir, el árbitro. Retomemos el argumento que los árbitros no tienen incentivos para tomar decisiones adecuadas para todos, sino sólo para quienes les pagan. Ello parte de la premisa equivocada que las partes en un arbitraje quieren algo distinto a lo que todos los ciudadanos queremos: reglas lógicas y predecibles. En principio, todos los que podemos tener un conflicto a ser solucionado queremos lo mismo. Claro que quisiéramos ganar, pero eso no es posible si la otra parte no quiere concedérmelo. Por ello elegiremos mecanismos que nos aseguren árbitros que nos lleven a un resultado justo, y lo justo, por lo menos en el mundo de los negocios, es lo que se ajusta a la lógica económica. Al dar reglas buenas y predecibles los árbitros beneficiarán a los demás que no participaron en el arbitraje.

Pero incluso si eso no fuera cierto y el tipo de reglas que buscan las partes es diferente a las que buscarían el resto de los mortales ante las mismas circunstancias ¿Tendrían todavía los árbitros incentivos para generar reglas buenas para los demás que no les van a pagar? la respuesta es afirmativa. Negarlo es perder de perspectiva que, como suele pasar en el mercado, el arbitraje es un juego repetido, en el que la posibilidad de "vender" mañana mis servicios depende de cómo presté mis servicios ayer. Los árbitros, como cualquier otra persona que "vende" algo, quiere seguir vendiendo en el futuro. Por ello ser reconocido como el generador de un "bien público" le asegura trabajo de la misma manera como el reconocimiento de la Sony, como innovadora le asegura seguir vendiendo sus aparatos en el futuro, así la innovación no sea reconocida como importante por algún cliente específico pasado.

Sólo queda el argumento de la confidencialidad. Si el arbitraje es privado y confidencial, entonces las reglas que de él ema-

nen nunca serán un bien público porque serán información privada. Nadie sabrá que dijeron los árbitros antes.

El argumento está plagado de errores. En primer lugar es conceptual. Como veremos más adelante, los árbitros que generan nuevas reglas serán los que se ajusten a los usos y costumbres del comercio o de las relaciones involucradas. En realidad toman reglas ya existentes y las aplican al caso. Así los árbitros, más que crear reglas, las recogen y sistematizan de los principios que crean y aplican los comerciantes. Esas reglas ya son conocidas. Lo que falta es que su aplicación sea predecible. En contraste con ello, no es de extrañar que el juez ordinario vaya contra tales reglas, y trate de sustituir su aplicación con algún razonamiento legal sofisticado o formalista. En esa línea, los árbitros pueden crear el vínculo entre una regla que todos conocen y la certeza que la misma será aplicada. Así se construye la predictibilidad de las reglas que se aplican en el arbitraje.

En segundo lugar, no es necesario conocer las reglas específicas para saber que alguien produce o recoge buenas reglas como no es necesario saber como funciona una cámara de video para saber que las cámaras de video de Sony son buenas. Ello explica porque hay "jugadores repetidos" en el arbitraje. Los consumidores buscan "buenas marcas" más allá de comprender exactamente como las marcas se han hecho prestigiosas. La permanencia en la actividad arbitral se reduce a un grupo relativamente pequeño de personas que suelen actuar como árbitros. Las listas de árbitros, el prestigio que ganan por los comentarios de partes en proceso anteriores y que se difunden boca a boca, los ranking que publican revistas especializadas, el prestigio de Centros o instituciones arbitrales, entre otros elementos, contribuyen a identificar árbitros predecibles así las reglas que producen no sean conocidas de manera específica. Todos estos elementos desarrollan funciones parecidas a las de las marcas en otros mercados y permiten que los árbitros predecibles sean contratados con mayor frecuencia.

Si bien muchas veces se pretende explicar la existencia de números relativamente pequeños de personas que actúan como árbitros de manera recurrente con la acusación de la existencia de "argollas" formadas por árbitros que se nombran entre ellos (lo cual de hecho si existe), lo cierto es que lo más probable es que el juego repetido permita identificar ciertas "marcas" arbitrales o Centros Arbitrales que se consolidan como los más usados. De hecho la sensación que uno tiene es que el mercado de presidencias de tribunales es cubierto por un grupo distinto al de árbitros de parte, y que el valor de la autonomía, la independencia, y la comprensión del problema económico de base suelen ser variables constantes que encuentra uno en los árbitros que "repiten el plato" con frecuencia.

Nótese que lo mismo no ocurre con los jueces ordinarios. La cantidad de casos, el volumen de trabajo y el nivel de ingresos de un juez no se relaciona con un juego repetido ni con la cantidad de trabajo. Las partes quedan sujetas a ciertos jueces por un sistema centralizado y planificado de turnos que asigna trabajo sólo porque te toca. ¿Qué incentivo tiene un juez en dar reglas buenas y predecibles? Pues en principio ninguno. El juego seguirá siendo igual de repetitivo resuelva bien o resuelva mal, y lo que es peor, seguirá cobrando lo mismo. Bajo esas reglas es entendible porque "comprar justicia" en el ámbito judicial se acerque más a una compra inmoral, a una forma de corrupción. Por el contrario, "comprar justicia" en el campo arbitral es un mecanismo que genera como virtud, mejores reglas futuras.

Finalmente, no es totalmente cierto que las reglas que los árbitros crean sean siempre confidenciales o privadas. Incluso bajo las reglas de confidencialidad, una buena cantidad de laudos se hacen públicos porque contra ellos se interpone un recurso de anulación, se autoriza su uso para efectos académicos o de publicación, son publicables por disposiciones legales, están exentos de la regla de confidencialidad por acuerdo de las partes, etc. Basta entrar a Internet o revisar libros y artículos de arbitraje, para ver la inmensa cantidad de laudos cuyo contenido y

razonamiento se pueden encontrar libremente. Y en muchos casos el contenido del laudo o el razonamiento seguido simplemente se filtran y es discutido por abogados que comentan las bondades o defectos del mismo. Por ello el argumento de que los laudos son secretos es bastante incompleto y no responde a la realidad de las cosas.

Este contexto explica que es de esperar que las reglas que produce el arbitraje tiendan a ser más predecibles, buenas y ajustadas a las prácticas comerciales, que las reglas que produce el sistema judicial, de la misma manera como es más predecible la calidad de un televisor que la de un procedimiento administrativo seguido ante un Ministerio. Ello a pesar que la producción de televisores proviene de un sistema aparentemente caótico y descentralizado al que llamamos mercado y los procedimientos administrativos de un supuesto procedimiento estandarizado y centralizado al que llamamos Estado.

5. ¿Por qué los Árbitros suelen ser más predecibles que los Jueces?

El uso más generalizado del arbitraje se da en el campo de las controversias comerciales. Como ya hemos sugerido en páginas anteriores, la solución de ese tipo de problemas está relacionada con conocer los principios, usos y costumbres que rigen el comercio y los negocios. Si asumimos (como resulta obvio) que los comerciantes conocen el mundo del comercio y que los árbitros son elegidos por tener el mismo conocimiento, es entendible porque sus decisiones deberían ser, al menos para los comerciantes, más predecibles que las de un juez.

Por otra parte, siguiendo la línea de razonamiento anterior, si dos comerciantes saben que pueden tener un conflicto y quieren reglas predecibles y adecuadas, entonces escogerán árbitros que tengan conocimiento de esas reglas y entiendan su lógica y principios. El resultado será un círculo virtuoso en el que los

árbitros predecibles son elegidos, y al decidir hacen a la vez predecibles las reglas para un futuro. Veamos como ocurre esto con un ejemplo.

Una buena parte de (sino todos) los arbitrajes se refieren a actividades de interpretación contractual. Tiene que ver con los alcances que se da a un término contractual o su aplicación a la circunstancia concreta que se ha presentado.

Pero la interpretación contractual, en especial en problemas comerciales, es más que descubrir simplemente lo que las partes acordaron. Muchas veces (y me atrevería a decir la mayoría) la labor de decisión se refiere a completar el sentido del acuerdo. No es sólo leer el contrato, es crear la regla contractual. De alguna manera se trata de resolver el hecho de que las partes sólo están de acuerdo de que en un extremo no estuvieron realmente de acuerdo.

En mi experiencia arbitral ocurrió un hecho que justamente muestra el punto que quiero destacar. Durante la ejecución de un contrato de obra bastante complejo surgió una discrepancia sobre quién debía preparar y nivelar el terreno sobre el que se iba a levantar una parte de la construcción. El propietario de la obra sostenía que el trabajo estaba comprendido en las obligaciones asumidas por el contratista. El contratista decía que se trataba en realidad de una labor que el propietario de la obra debía realizar previamente para que el contratista pudiera efectuar la construcción de aquello a lo que estaba obligado.

La correspondencia entre las partes mostraba dos posiciones claramente discrepantes, que basaban la discrepancia en la ambigüedad del propio contrato. Lo que es cierto es que el contratista decía que no era su responsabilidad (y por tanto su costo) el preparar el terreno. Por el contrario, el propietario era enfático en afirmar que la preparación del terreno era una labor del contratista, que éste no podía evadir.

El problema principal es que la discrepancia no parecía ser de fácil solución, y las idas y venidas de posiciones tenían detenida la obra con lo que afectaba el interés del propietario de tenerla lista a tiempo y del contratista de acabarla y cobrar su contraprestación.

Ante esta situación las partes elaboraron un acta (que podría ser definida como un contrato modificatorio o complementario) que decía más o menos lo siguiente: "El contratista procederá a nivelar el terreno". Sin embargo, al terminar la ejecución de la obra la interpretación de la frase era, nuevamente, claramente divergente. Para el contratista "procederá a nivelar el terreno" no quiere decir hacerlo gratuitamente, y por tanto concedía el derecho a solicitar un adicional de obra que compensara un trabajo no contemplado en el contrato original. Efectivamente nada en el documento indicaba una renuncia a solicitar una contraprestación, pero tampoco indicaba que tal contraprestación existiría ni menos aún como se calcularía.

Pero el propietario de la obra sostenía que la frase significaba un reconocimiento que nivelar el terreno era parte de las obligaciones del contratista y por tanto no merecía ninguna compensación adicional.

¿Cuál de las dos interpretaciones era la correcta? Pues ninguna, si es que definimos interpretar cómo descubrir cuál es la voluntad común expresada por las partes. Era clarísimo de las pruebas actuadas y de las posiciones de las partes que nunca se pusieron de acuerdo sobre quién asumiría el costo de la nivelación. Sólo encontraron una redacción que les permitía a ambas sostener que era la otra parte. Con ello reservaban la discusión para el futuro, se la dejaban al árbitro, y con ello podían continuar con la obra y así superar la situación de suspensión que afectaba a ambas. Era un texto concientemente ambiguo, y que justamente reflejaba el acuerdo de que no estaban de acuerdo. Tan es así que durante el informe oral les pregunté a las partes qué tan representativa era la siguiente frase: *"En realidad sólo se*

pusieron de acuerdo de que no estaban de acuerdo". Ambas partes coincidieron en que era una buena descripción de lo "acordado".

En ese caso la interpretación no significaba descubrir una voluntad común inexistente. Era, por el contrario, resolver un punto en el que precisamente, no estaban las partes de acuerdo, sólo que ocultó en una aparente ambigüedad que no es propiamente tal.

No quiero sin embargo sugerir que la interpretación se reduce a casos tan extremos como el descrito. La interpretación sí significa, en ocasiones, descubrir una voluntad común expresada defectuosamente o de manera ambivalente. Por ejemplo, en una ocasión tuve, en otro arbitraje, que determinar si el término *"medida judicial"* incluido en un contrato significaba también medidas adoptadas por un árbitro.

También incluye supuestos en que las partes, conciente o inconscientemente, usan términos generales o abiertos porque no quieren "atarse" a términos excesivamente precisos, porque desconocen con claridad cómo deberá aplicarse el contrato cuando se presente una situación concreta. Por ejemplo, a veces en lugar de definir con precisión todas las obligaciones de un contratista, se limitan a decir que *"ejecutará sus obligaciones como lo haría un contratista experimentado"* sin haber definido qué se entendía por *"contratista experimentado"*. Y sinceramente ese término puede significar muchas cosas distintas. Las partes prefieren sin embargo dejar al juzgador la definición de su sentido frente a la circunstancia concreta que surja en el futuro. Términos de ese tipo, muy comunes en los contratos, son en realidad invitaciones al juzgador para completar un contrato que no puede ser completado con precisión al momento de su celebración.

Quiero destacar, sin embargo, que las situaciones que describo en los últimos dos párrafos no difieran tanto de la primera que mencioné, pues directa o indirectamente reflejan una volun-

tad, en ocasiones muy claras y en otras imprecisas, de no ponerse de acuerdo sobre todo, o de dejar temas "librados a la imaginación" de un intérprete futuro, es decir el juez o el árbitro.

Cuando las partes usan un término como *"contratista experimentado"* en el fondo están diciendo que no se sienten en capacidad de ponerse de acuerdo en torno a todo lo que ello significa. Es cierto que buena parte del contenido del término puede estar definido por la ley o por precedentes judiciales o arbitrales. Puede ser también que el término tenga un sentido más o menos conocido en la práctica comercial. Pero incluso si eso fuera cierto, las partes renunciaron a incluir tales definiciones en el texto del contrato, porque finalmente contratar cuesta, y contratar con mayor detalle cuesta más.

Y la situación, con claros matices, tampoco es muy distinta a la falta de previsión de las partes en definir qué *medida judicial* también comprende a las medidas arbitrales. Lo más probable es que la omisión sea consecuencia de un desliz o la falta de previsión, o simplemente de haber tomado el texto de un modelo anterior incluido sin mucha reflexión. Y si bien las partes no fueron concientes de su omisión, sí son concientes de cuanto tiempo dedican a revisar y reflexionar sobre el contrato. Todos sabemos que más tiempo en la redacción y negociación deben conducir a un contrato más claro y preciso. Pero también somos concientes que más redacción y negociación tiene un costo en tiempo y abogados, es decir, en dinero. En un momento ambas partes expresan que ya no quieren seguir negociando o redactando más. Y saben que en ese momento su decisión conducirá a un nivel de perfección menor a aquel que el contrato tendría si decidieran invertir más recursos. De la misma manera como la gente que decide no hacer ejercicio es conciente que su expectativa de vida se puede reducir, las personas que deciden no seguir estudiando la redacción de su contrato son concientes que "dejar de seguir poniéndose de acuerdo" significa contratos con mayor riesgo de litigio y discrepancia futura. Hay una cierta "intencionalidad" en la imprecisión, es sólo que no es que el

efecto concreto haya sido querido (la ambigüedad) pero sí había conciencia del riesgo que se estaba asumiendo de que tal ambigüedad podría producirse. De alguna manera las partes están de acuerdo que no quieren seguir poniéndose de acuerdo.

Existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así definimos una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros. A ellos los rodeamos y complementamos con figuras afines como la analogía, la interpretación a contrario o la integración contractual y los lubricamos con principios como el de conservación del acto jurídico o el de buena fe.

Voy, para efectos de comprender el rol del árbitro en la solución de controversias, usar una clasificación más simple y general, usada por el análisis económico del derecho, y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

La primera la vamos a llamar "textualismo", castellanización del término inglés *textualism*. Como señala Cohen, si los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes. Sin embargo, la consecuencia de ello es que si las partes no llegan a tener un contrato completo, se presume, bajo el textualismo, que su carácter incompleto es no deseable. En ese contexto, el rol de las cortes o los árbitros debe ser el de desincentivar contratos incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo.[10] Esta es la aproximación que suele tener una buena parte de la doctrina y de los sistemas legales.

10. Cohen, George M. "Implied Terms and Interpretation in Contract Law" pp. 82-83.En Encyclopedia of Law & Economics, Publicada por Edgar Elgar y University of Ghent, Editores Generales Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, http://encyclo.findlaw.com/

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de buena fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa.[11] Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En el sistema anglosajón el textualismo impacta en la existencia de principios como el llamado *parol evidience rule*[12] o la *four corners rule*[13] que prohíben o limitan al intérprete el uso de pruebas distintas al texto del contrato para encontrar el sentido del mismo.

El textualismo trata además de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y por tanto nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede entonces ser visto como una limitación a tal autonomía al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo (castellanización del término inglés *contextua-*

11. También podría decirse que la interpretación sistemática, orientada a usar los otros términos del contrato para entender que dice un término dado, muestra una aproximación textualista atemperada, pues sigue usando el texto del contrato, pero acepta que las cláusulas no pueden interpretarse leyéndolas en su solo texto.
12. Como señala Richard Posner (Posner, Richard, "The Law and Economics of Contract Interpretation" John Olin Law & Economics Working Paper No. 229, (2D series), p. 29-30 en http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.htlm) según la *parol evidience rule*, si las partes han redactado un contrato que se ve como completo no es posible producir o evaluar pruebas vinculadas al proceso de negociación que condujo a la celebración del mismo. Tales pruebas son inadmisibles en el juicio.
13. Como también dice Posner (op cit, pp 21-22) según esta regla las partes de un contrato que aparece claro de su simple lectura (lo que significa que una persona competente en inglés y que desconoce el contexto en el que se dio el acuerdo pensaría que el texto solo admite un significado) están impedidas de presentar pruebas sobre como debe ser interpretada extrínsecas a "las cuatro esquinas" del texto del contrato escrito.

lism). Como dice Cohen, el contextualismo parte de la premisa que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto las Cortes llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían (o querrían), usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato.[14]

Del contextualismo se derivan métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común.

Bajo el contextualismo las Cortes presumen que las partes contrataron bajo la expectativa que dichas Cortes llenarán los vacíos o imprecisiones de lo que han escrito usando los términos que partes racionales hubieran usado bajo condiciones de costos de transacción bajos.[15]

Se cuestiona que el contextualismo enfrenta un riesgo evidente, y es que la regulación de una relación contractual privada queda fuera del ámbito de control de la autonomía de las partes, sujeta a la composición por terceros que no necesariamente son los que mejor conocen el interés de los contratantes. Esta es una afirmación que debe ser matizada. Efectivamente se abre la puerta a que sea un tercero el que decida qué es mejor para las partes. Pero, por otro lado, si partimos de la idea que son las partes las que pudieran acordar que no estaban de acuerdo, lo que han acordado implícitamente, por voluntad propia, es que sea otro el que decida por ellas. Y ello porque asumen que la labor interpretativa de un tercero es más barata que los costos de negociar para ponerse de acuerdo en un texto más preciso.

La disyuntiva entre textualismo y contextualismo refleja el conflicto entre precisión e imprecisión, entre contratos perfectos

14. Cohen, op. cit., p. 83.
15. Goetz y Scott, citados por Cohen, op. cit., p. 83.

y contratos óptimos. Y ese no es otro que el conflicto entre seguridad jurídica y flexibilidad ante nuevas situaciones. En ese conflicto no hay reglas únicas. En algunos casos, en particular en los que hay situaciones fáciles de prever la seguridad (y por tanto el textualismo) parecen adecuados. Por el contrario, situaciones en que es difícil prever que va a pasar, la flexibilidad del texto contractual, y por tanto el contextualismo, parecen la mejor opción.

¿Que tienen que ver toda esta discusión sobre textualismo y contextualismo con la capacidad de los árbitros de generar decisiones predecibles? Pues tiene mucho que ver. En el mundo de los negocios y el comercio, por la dinámica de los mismos, la necesidad de transacciones rápidas y de bajos costos de transacción, es de esperar que los comerciantes necesiten que el sistema de solución de controversias sea más contextualista. Quieren flexibilidad. Pero la interpretación contextualista es más insegura porque deja mayor discrecionalidad al juzgador. Es necesario que quien va a desarrollar interpretación contextualista conozca el mundo del comercio y los negocios para, sin pegarse al texto literal del contrato, encuentre en uso de su mayor discrecionalidad una regla predecible para los comerciantes. Y en eso un árbitro lleva ventaja sobre un juez. Y los árbitros comercialmente más predecibles llevan ventajas sobre los que no lo son. En el juego repetido, el resultado será el deseado: árbitros contextualistas más predecibles.

Este resultado está muy bien explicado por Posner. La calidad y competencias del intérprete permiten aumentar o reducir los costos y beneficios de la interpretación. Como bien señala Posner[16] un Poder Judicial bien capacitado y entrenado (y por tanto más costoso de implementar) reduce el costo de error y con ello mejora los beneficios de la actividad interpretativa. Ello incrementa el costo para el Estado, que tiene que contratar mejores jueces y dotarlos de recursos, pero reduce los costos a las partes de negociar todo el contrato al detalle. Sin embargo, podría

16. Posner, op cit, p. 16.

haber un beneficio incluso en la reducción de costos gubernamentales, porque mejores jueces hacen la interpretación más predecible, y al hacerlo reducen en número de juicios, lo que a su vez significará menos jueces en el futuro.[17]

El contextualismo será una buena solución en esta situación porque los jueces serán confiables para completar el contenido de los contratos. El resultado es que los costos de transacción ex ante se reducirán porque las partes no tendrán que invertir tanto en negociar y redactar el contrato. Ello generará a su vez más contratos. La actividad interpretativa se inclinará a la búsqueda de aproximaciones contextualistas, es decir, a encontrar la intención real de las partes (más allá de lo que diga el texto literal del contrato) o al uso de la regla eficiente para completar el contenido contractual.

Por el contrario, si el Poder Judicial es incompetente o corrupto, el resultado será que es poco confiable para completar el contrato, lo que conducirá a las partes a una actividad de redacción más intensa que a su vez incrementará los costos de transacción ex ante. Si los jueces son poco confiables, los costos de transacción ex post se incrementan, lo que hace recomendable el uso de reglas que limiten la ambigüedad ex ante. En ese contexto una actividad interpretativa textualista, centrada en el texto literal del contrato, parece más adecuada porque reduce la discrecionalidad del juez.

Ello explica una tendencia, al menos en el discurso, a limitar las facultades de interpretación de juez, cuando este pertenece a un sistema judicial poco capacitado o corrupto. Más de una vez un cliente me ha indicado, cuando pide que le redacte un contrato que "No requiera ir al Poder Judicial", en el sentido que tenga tanto detalle que no genere conflictos. Pero ello incrementa el costo de negociarlo y redactarlo.

17. Como también señala Posner (op. cit., loc. cit.) mejores jueces afectan el negocio de arbitraje, porque mejores jueces hacen menos necesario contratar árbitros que suelen ser "contratados" como intérpretes calificados con experiencia en los temas objeto de controversia.

Esta explicación demuestra el uso más intenso del arbitraje para temas contractuales-comerciales. Es de esperar que el sometimiento a arbitraje lleve a que las partes se inclinen por reglas interpretativas más acordes con el contextualismo. Ello porque la elección de los intérpretes asegura una mejor calidad de los mismos, y a su vez, una mayor confiabilidad en el uso de elementos distintos al texto del contrato para la interpretación. Se reduce los costos de transacción ex ante, se reduce parte de los costos de transacción ex post, en especial los vinculados al error en la interpretación, pero eleva otros, al menos para las partes, que tienen que incurrir en los costos de pagar los honorarios arbitrales que se incrementan según se busca mejores árbitros, de la misma manera como ocurre con el gobierno si desea un mejor Poder Judicial.

Si los comerciantes necesitan contratar rápidamente y de manera predecible, un contextualismo a cargo de los árbitros es la mejor alternativa. Contratos de contenido detallado y completo, son muy costosos para la velocidad de los negocios. Pero la falta de textualismo conduce a falta de predictibilidad. El arbitraje permite conciliar bajos costos ex ante (menos detalle en los contratos al restringir el textualismo) y menos costos ex post (contextualismo más predecible). El resultado será entonces un sistema arbitral que por medio de la elección de los árbitros tratará de darle al sistema la predictibilidad que no puede tomar de un sistema textualista.

De hecho, los árbitros suelen ser elegidos precisamente por su conocimiento de los mercados en que se contrata, lo que explica además por qué no es inusual tener árbitros que no son abogados, sino personas con conocimiento de los mercados involucrados. No es extraño tener ingenieros arbitrando contratos de construcción o economistas arbitrando temas de regulación tarifaria.

Es usual además que los árbitros sean abogados en ejercicio, acostumbrados a contratar y a atender demandas de servicios de

comerciantes y empresarios. Conocen mejor el tipo de problemas que deben enfrentar sus clientes y comprenden la lógica económica de las cláusulas, y la eficiencia de ciertas salidas frente a otras, al menos mejor que jueces que usualmente se dedican sólo a resolver casos y no saben qué se encuentra "tras bambalinas" en el mundo de los contratos comerciales, es decir, en el mundo de los negocios. El contextualismo parece por tanto una mejor opción en el mundo del arbitraje.

Ello además es consistente con la existencia del llamado arbitraje de conciencia en el que los árbitros resuelven según sus conocimientos y su leal saber y entender.[18] Los conocimientos del árbitro y su leal saber y entender son elementos ajenos al texto del contrato y suelen reflejar aspectos técnicos o económicos del mercado en el que el contrato objeto de controversia está incluido. Un árbitro de conciencia, en contraposición a un árbitro de derecho, es un intérprete invitado a ser más contextual, y menos textual, al revisar no solo el contrato sino incluso la misma Ley, en base a aspectos ajenos al texto escrito.

Si ello es lo que necesitan los comerciantes, entonces en el juego repetido de elección de árbitros, los que conocen el mundo de los negocios (y que es para los comerciantes lo más predecible que pueden encontrar) tendrán ventajas competitivas. Los jueces, ajenos a ese mundo de los negocios, terminarán tomando decisiones *"random"* es decir al azar, sin ningún criterio lógico predecible por parte de los comerciantes. Ello explica porque las reglas de interpretación de los contratos serán más predecibles bajo el arbitraje.

18. Ver por ejemplo la Ley General de Arbitraje Peruana:
"Artículo 3°.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.
Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.
Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.
Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso."

Todo esto significa que es de esperar que en contratos con cláusulas arbitrales, tal como sugiere Posner,[19] el detalle y precisión del contrato (y por tanto los costos de transacción ex ante, derivados de la negociación del mismo) sean menores a los que se tendrían en un contrato cuyos conflictos interpretativos van a ser resueltos por un juez ordinario. Y significa también que debe entenderse al árbitro como un intérprete "más liberal" que un juez en relación al texto estricto del contrato. Pero más liberal no quiere decir menos predecible. Finalmente, para un comerciante las reglas de los usos y costumbres comerciales son más conocidas, familiares y predecibles que el texto frío y seco de la Ley, que finalmente no le dice nada.

Lo explicado en relación del arbitraje también se refleja en otra situación relativamente común, y tiene que ver con el llamado "adelanto de opinión". En lo judicial se considera una seria infracción del juez adelantar opinión sobre lo que va a resolver. Pero en el arbitraje es común que los árbitros "adelanten opinión" sutilmente sobre el tema sujeto a su decisión. No es extraño además el dictado de laudos parciales o simplemente de instrucciones o actuaciones orientadas a motivar acuerdos entre las partes. Ello es especialmente interesante en un contrato que invita a ser contextual. No es extraño que los árbitros adelanten criterios o parámetros de su decisión y dejen luego un espacio para que las partes se pongan de acuerdo. Hace poco, en un arbitraje en el que actuaba como abogado, surgieron una serie de asuntos probatorios. El Tribunal, en lugar de resolver cada una de las tachas, oposiciones y discrepancias (que eran cientos) simplemente anunció los considerandos generales de su decisión, es decir, los criterios que usaría, y dejó que las partes se pusieran de acuerdo sobre qué pruebas quedaban y cuáles no. La controversia se redujo sustancialmente a unos pocos documentos.

La lógica de interpretación que estamos analizando parece sugerir el uso de la misma técnica. El árbitro podría adelantar en

19. Posner, op cit, p. 18.

un laudo parcial los criterios que va a usar y de ahí dejar que las partes se pongan de acuerdo. Luego sólo resolvería lo que no pudieron acordar. Esta es una técnica usualmente aplicada por conciliadores, pero que perfectamente podría ser usada por árbitros. Pero para ello hay que desaparecer el temor al adelanto de opinión. Finalmente, ya los árbitros están decidiendo, es solo que están decidiendo por partes y no de un solo golpe.

Lo que la técnica referida significa es que en una situación que invita al textualismo, surgido el conflicto hay más información sobre como debió haberse pactado, porque ya se conoce el problema.[20] Definir algunos criterios ayuda a que las partes hagan lo que no pudieron hacer antes porque los costos de transacción no lo permitían. La actividad de los árbitros es reducir los incentivos de conducta estratégica que se generan durante el litigio.

Todo este razonamiento nos conduce a tomar conciencia de algo bastante obvio: lo que ocurre en el mundo del arbitraje es que este tiene ventajas competitivas, incluso en términos de predictibilidad, en un mundo donde son los usos y costumbres comerciales, antes que la Ley escrita, lo que las partes desean que se aplique. Un sistema excesivamente legalista más que predictibilidad genera rigidez. Y los comerciantes necesitan una "flexibilidad predecible". Un mundo que confía en una Corte Judicial que unifique todos los criterios genera una predictibilidad rígida, como la de un cementerio, en el que el orden de las lápidas se deriva justamente de la falta de movimiento. Los negocios necesitan un orden en movimiento y por tanto requiere que ese orden tenga capacidad de respuesta al día a día. Ello significa leyes, contratos y juzgadores más flexibles. Pero a su vez no quiere un caos anárquico en el que no hay reglas. La competencia entre árbitros asegura un mejor resultado que el monopolio estatal, para lograr ese fin.

20. Regresando al ejemplo antes citado del acuerdo de que el honorario se devengaría cuando se llegue a un acuerdo con los principales acreedores, hoy ya se sabe a que acuerdo se arribó y con quién. Anunciar los criterios generales puede conducir a que las partes se pongan de acuerdo sobre los detalles.

6. ¿Y QUÉ DICE LA HISTORIA SOBRE LA PREDICTIBILIDAD DEL ARBITRAJE?

Hasta aquí todo lo dicho parece una simple, especulación teórica y conceptual. ¿Pero que dice la historia? ¿Es efectivamente el arbitraje el creador de reglas más predecibles para los comerciantes?

La historia ha sido categórica: el cuerpo comercial de reglas más predecibles y universal es la *lex mercatoria,* ese cuerpo de reglas y normas comerciales que no han sido creadas por ningún legislador ni por ningún juez. La *lex mercatoria* fue y es creada todos los días por los comerciantes, pero el instrumento por medio del cual estas reglas se ordenaron y aplicaron es el arbitraje.

De hecho los últimos siglos nos muestran una intensa tensión entre los sistemas procesales ordinarios (judiciales) y el arbitraje, en una secuencia más o menos predecible: *la lex mercatoria,* aplicada por los árbitros, se torna en un paradigma más adecuado y predecible. Entonces los legisladores tratan de "expropiarla" mediante leyes y códigos de comercio, y los jueces tratan de "expropiarla" mediante la aplicación por las cortes ordinarias de los propios principios de la *lex mercatoria,* solo que sin cobrar el costo de un Tribunal Arbitral porque se recibe un subsidio estatal. Pero en su actividad no pueden desprenderse de la rigidez que les es consustancial y continuamente pierden frente a las ventajas competitivas del arbitraje. Entonces intentan mediatizar esas ventajas atacando la base misma del arbitraje y tratando de procesalizarlo, en una suerte de competencia desleal, por medio de leyes, normas y decisiones judiciales que "contaminan" el arbitraje con elementos que le son ajenos.

Así, en el "hábitat" de las relaciones comerciales el arbitraje supera con creces al Derecho Procesal común. De hecho, el arbitraje como lo conocemos hoy (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los

procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La cámara designaba a otros comerciantes (no a un abogado) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, se resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados, con nuestros complicados lenguajes, "latinazgos" y exabruptos, no teníamos "vela en el entierro". No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes (y buena parte de la doctrina) asumen, de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido "abonado" con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retórico derecho procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. Y haría lo mismo en otras áreas si la Ley liberara su fuerza competitiva. Hoy en el Perú, es difícil imaginar conflictos de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje.

Pero los "dinosaurios" procesales se resisten a perder vigencia, y a falta de habilidades competitivas propias para capturar las preferencias de los comerciantes, recurren a la Ley para protegerse. Entonces pretenden que las Leyes fuercen a que el proceso civil entre a debilitar el arbitraje y reforzar la oportunidad de supervivencia de lo procesal en el campo comercial.

Como bien relata Benson, cuando en los años 20 en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el

arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el lobby de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio. Según la estadística, la representación con abogados frente a los Tribunales arbítrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947.[21] El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* (282 U.S. 30 (1930)) en el que se declaró como boicot, y por tanto contrario a las normas de libre competencia, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo.[22]

El ejemplo muestra el punto: cuando los abogados procesalistas o mejor dicho "procesaloides" (muchas veces disfrazados de "expertos" con "vocación" arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.[23]

Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se ampara en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una "función nomo-

21. Benson, Bruce. "Arbitration" en Encyclopedia of Law and Economics. http:encyclo,findlaw.com/7500book.pdf, p. 169.
22. Ibíd, p. 170.
23. Un buen ejemplo es un artículo recientemente publicado en Legal Express (Matheus Lopez, Carlos Alberto. "Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje" Legal Express No. 67, Año 6, Julio 2006. p. 15). Su perspectiva parte de una concepción "procesaloide" del arbitraje y por tanto de ignorar su verdadera naturaleza y ventajas. Es fruto, sin duda, de "impericia" arbitral.

filáctica" que en el arbitraje no es necesario porque como vimos, la naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol.

Y además partes de la errada concepción de visualizar al arbitraje como un satélite del sistema judicial, como un "desprendimiento" de la jurisdicción ordinaria, gracias a la "generosa autorización" dada por la Ley para que las personas puedan arbitrar.

Pero las formas de justicia originarias no aparecen con el monopolio estatal. Por el contrario son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos.[24]

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra precisamente como un ejemplo de justicia privada:

> "Aunque el Derecho consuetudinario anglo-sajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, lex mercatoria o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronterizas, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales."[25]

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de generación de reglas, superando a la Ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que a su vez se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho.

24. Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisar Bruce L Benson *Justicia sin Estado.* Unión Editorial, 2000.
25. Bruce L Benson, *Justicia sin Estado.* Unión Editorial, 2000 p. 43.

¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él los comerciantes:

> "...participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones nacen de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no solo en teoría, sino también en la práctica.
>
> Esté análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal"[26]

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el intercambio, es el mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Y explica también porque el arbitraje genera reglas predecible. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. Ello conduce a que prefiera identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando a su vez confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo incluso a que la lex mercatoria compitiera con éxito contra la Ley estatal.

26. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1964, p. 24.

Como dice Benson:

> "El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto"[27]

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso como un sistema de solución de controversias que se basa en la constitución de Tribunales diferentes para cada caso puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios que supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones que cumplan una función nomofiláctica.

Así la explicación del carácter predecible de la *lex mercatoria* es el mismo fenómeno que explica el carácter predecible de las reglas arbitrales. La *lex mercatoria* es predecible a pesar que es creada por un sistema descentralizado privado. El arbitraje genera predictibilidad a pesar que es creado por un sistema descentralizado privado. Y no sólo eso. El arbitraje tiende a que los árbitros más predecibles sean los que más arbitran. Bajo esta idea es totalmente predecible que el arbitraje será predecible. Es el juego repetido y el esfuerzo de los árbitros por ser elegidos más veces, lo que explica este fenómeno.

27. Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000, p. 45, citando a Trakman, *The Law Merchand*, p. 24.

Ello también explica una tendencia a que el mercado de árbitros de parte (es decir designados por una de las partes) pueda ser ligeramente (pero no tan) distinto al mercado de presidentes de Tribunales Arbitrales. En principio la elección del árbitro de parte puede estar motivada por conseguir ganar. En ese contexto nombraré quizás un "árbitro encamisetado" (es decir que tenga puesta la "camiseta" de mi posición). Pero de encontrarse con otro árbitro de parte que busca lo mismo, es difícil que el presidente sea parcializado. Sin embargo, árbitros de parte demasiado favorables a la parte que los designó pueden quedar muy lejos de la posición del árbitro imparcial y con ello tornarse en irrelevantes. Por ello no es buena idea escoger como árbitro de parte un árbitro parcializado, porque si el presidente es neutral, simplemente no oirá al que muestra un claro favoritismo y no se sentirá persuadido por lo que le diga. El resultado será en general la búsqueda de árbitros más predecibles, incluso para árbitros de parte.

En síntesis, no es de sorprender que con la ventaja competitiva del arbitraje para la solución de conflictos comerciales, este derrotando con gran ventaja a los sistemas ordinarios de administración de justicia. De hecho las estadísticas demuestran que en países como Estados Unidos, al menos el 75% de los litigios comerciales se resuelven a través de arbitrajes o mediación privados, con dictámenes basados en la costumbre y práctica de los negocios (Derecho Mercantil consuetudinario).[28] Si bien en el Perú no hay estadísticas confiables, el crecimiento y desarrollo del arbitraje es exponencial y se ha vuelto la primera forma de solución de controversias patrimoniales importantes derivados de contratos mercantiles. Y no cabe duda que éstos avances se deben, entre otras cosas, al hecho que las partes sienten un resultado menos sorpresivo en un arbitraje que en un proceso judicial. Si eso no es predictibilidad, entonces es difícil entender que puede serlo.

28. Auerbach, Jerold S., Justice Without Law. New York. Oxford University Press, 1983. p. 113.

7. Conclusión

La justicia es un tema sensible e importante. Bajo tal argumento solemos sostener que debemos alejarla del mercado, porque el dinero y los actos comerciales no son buenas formas de generarlos. Por ello preferimos un sistema más político o estatal, y usamos impuestos para generar un sistema que creemos mejor y que esperamos sea más justo y predecible.

El pan también es importante. Quizás más importante que la justicia. Y hoy confiamos en el mercado como el mejor sistema para producirlo. A veces creemos que el uso de mecanismo de mercado "ensucia las cosas" cuando en realidad las limpia y hace más transparentes y eficientes.

La creencia de la superioridad de la justicia pública por sobre la justicia privada parte del error que apuntaba el Premio Nóbel de Economía James Buchanan, de visualizar la política o lo estatal como algo romántico[29]. Lo cierto es que la justicia estatal es una de las cosas menos "románticas" imaginables. La hipócrita representación de la Justicia como la diosa griega vendada, con una balanza en la mano y una espada en la otra, actuando desinteresadamente para tratar con igualdad a las partes, es una de las metáforas más desacopladas de la realidad que uno puede imaginar. Esa "diosa" difícilmente actúa guiada por un espíritu romántico de conseguir resultados buenos.

La posición a favor del arbitraje es mucho más sincera. Asume que los que van a actuar como "jueces" tienen intereses privados. No necesariamente son unos "románticos" Quieren ganar dinero y es legítimo que lo hagan si cumplen las reglas. La diferencia es que en el arbitraje su estructura contractual alinea los intereses para conseguir un resultado justo para las partes, y nos regala, de paso, un resultado justo para la sociedad. En la

29. Para una explicación más detallada de esta idea revisar Buchanan, James M. "Politics Without Romance" en Collected Works of James Buchanan, Vo. 1, Liberty Fund, Inc., 1999, pp. 45-59.

justicia ordinaria ello no ocurre, porque al confiar en el romanticismo de los jueces, presente en un número reducido y destacable de individuos excepcionales (los buenos jueces), nos entrega también a individuos privados que carecen de los incentivos para hacer lo correcto. Por ello ni resuelven bien el conflicto entre las partes, ni generan reglas que beneficien a la sociedad en su conjunto. Bajo tales premisas parece mejor comprar justicia, que regalarla.

POR UN REGRESO AL SENTIDO ORDINARIO DE LA PALABRA "INVERSIÓN"

Eduardo Silva Romero[1]

1. Las palabras y su empleo nunca son inocentes.

2. Las palabras jurídicas y su empleo por abogados y árbitros internacionales no son la excepción. El naciente (y todavía confuso) derecho internacional de las inversiones, si en realidad existe, ilustra, quizás más que otras ramas del derecho tradicionales (en donde –como en el derecho civil de las obligaciones y los contratos– el paso de los años –traducido en precedentes e historia– ya ha hecho su trabajo y aclarado muchas confusiones), la importancia de las palabras y su empleo en el derecho. Las (increíblemente) inagotables controversias alrededor, por ejemplo, de las nociones de "inversionista", "inversión", "trato justo y equitativo de una inversión" y "expropiación indirecta" constituyen prueba irrefutable de lo anterior[2].

1. Socio del equipo de arbitraje internacional de Dechert LLP. Ha actuado como abogado y árbitro en arbitrajes internacionales *ad-hoc* (CNUDMI) y administrados por el CIADI, la CCI, la LCIA, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio de Bogotá y otras institutciones arbitrales. Es profesor de teoría general del derecho y contratos internacionales en el Instituto de Estudios Políticos de París (*Sciences Po*), de arbitraje en la Universidad de París-Dauphine (París IX) y de derecho internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá).
2. Farouk Yala, "The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly", *Journal of International Arbitration*, Vol. 22 No. 2 (2005), pp. 105 – 125; Barton Legum, "Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?", *Arbitration International*, Vol. 22 No. 4 (2006), pp. 521 – 526; Walid Ben Hamida, "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control", *Journal of International Arbitration*, Vol. 24 No. 3 (2007), pp. 287 – 306; Yulia Andreeva, "The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v. Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term "Investment"", *Journal of International Arbitration*, Vol. 25 No. 4 (2008), pp. 503 – 506; Anna Turinov, ""Investment" and "Investor" in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction", *Journal of International Arbitration*, Vol. 26 No. 1 (2009), pp. 1 – 23; Stephen Fietta, "Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard. The Developing Role of

3. Nos concentraremos, en estas páginas dedicadas a la nueva Revista Ecuatoriana de Arbitraje, a pensar en voz alta y borrador (razón por la cual las observaciones que siguen no deben ser tomadas en serio) sobre las controversias (más o menos recientes) alrededor de la noción de "inversión".

4. No sobra recordar que la definición de la noción de "inversión" es crucial, antes que nada, para determinar y circunscribir la jurisdicción arbitral resultante de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones ("TBI" en singular y "TBIs" en plural) y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados suscrito en Washington en 1965 (el "Convenio de Washington").

5. Olvidemos, por unos breves instantes, el lenguaje jurídico y el prisma a través del cual éste nos hace percibir la realidad. ¿Qué sentido podríamos entonces atribuirle a la palabra "inversión" desde el sentido común y su instrumento preferido, esto es, el profano lenguaje ordinario? ¿Qué quiere, por ejemplo, decir un estudiante cuando afirma que "sus estudios de especialización son una inversión para el futuro"? ¿Qué quiere decir, también por ejemplo, aquél que sostiene que "no existe mejor inversión que la que se hace en la piedra" (léase en bienes inmuebles)? ¿Y qué quiere decir el gerente de una empresa multinacional cuando asegura que "dicha empresa ha hecho una inversión gigantesca para modernizar una planta de tratamiento de aguas operada por concesión"?

Investors' "Expectations" in International Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 No. 5 (2006), pp. 375 – 399; Lucy Reed y Daina Bray, "Fair and Equitable Treatment: fairly and equitably applied in Lieu of Unlawful Indirect Expropriation?", In: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers 2007*, Nijhoff (2008); J. Roman Picherak, "The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, No. 4, 2008 pp. 255-291; Jean Kalicki y Suzanna Medeiros, "Fair, Equitable and Ambigeous : What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law?", *ICSID Review*, vol. 22, No. 1, 2007, pp. 24-54.

6. El fundador de la filosofía del lenguaje, Ludwig Wittgenstein[3], quien, sin lugar a dudas, habría utilizado muchos más ejemplos antes de formular preguntas más abstractas o sugerir conclusiones, se hubiera preguntado, después de describirlos, si los tres personajes de más arriba se refirieron, en sus dichos, a una misma noción o idea de "inversión". Quizás no. Entre los dichos de los tres personajes, sin embargo, parecen existir "aires de familia" o trazos comunes que, de alguna manera, muestran rasgos característicos de lo que alguien podría aventurarse a llamar "inversión". Para los tres personajes, en efecto, la palabra "inversión" parece evocar la conjunción entre un esfuerzo en tiempo y / o dinero y la obtención de un rédito al final de un período más o menos indeterminado.

7. El "esfuerzo", el paso de cierto tiempo –la "duración"– y la "probable obtención de un beneficio" parecen ser elementos esenciales de la noción de "inversión" en el lenguaje ordinario. Todos, después de todo, parecemos emplear la palabra "inversión" y el verbo "invertir", en el lenguaje de todos los días, percibiendo en ella los inherentes "esfuerzo", "duración" y "probable obtención de un beneficio".

8. El ejemplo de la inversión gigantesca en la planta de tratamiento de aguas sugeriría, además, que la inversión, cuando el "esfuerzo" lo hace una empresa extranjera en un Estado, debe contribuir al desarrollo económico de este último.

9. El derecho, sin embargo, parece detener el extraordinario poder de modificar (tenemos la tentación de decir "derogar") el lenguaje ordinario. La palabra "inversión", desde una óptica jurídica, parece ser empleada con alguna regularidad de una forma completamente distinta de aquélla en que se usa en el lenguaje ordinario, esto es, de una manera

3. Eduardo Silva Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF (2002).

ajena a los criterios del "esfuerzo", la "duración" y la "probable obtención de un beneficio".

10. Los TBIs, en especial, comprenden un artículo (por lo general el primero) en el que, según se afirma generalmente, se "define", a través de una lista enumerativa (no taxativa), el término de "inversión"[4] sin, al menos a primera vista, tomar en cuenta los criterios mencionados.

11. Varios tribunales arbitrales, por lo general obrando bajo el imperio del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"; "UNCITRAL", en inglés), han sostenido en los últimos años, frente a Estados soberanos que han objetado a su competencia arguyendo que la operación económica del caso no constituía una "inversión", que la palabra "inversión" debe ser definida exclusivamente sobre la base de la lista de "inversiones" contenida en el TBI aplicable. Este método de definición de la noción de "inversión" ha sido calificado de "subjetivo"[5]. Su aplicación, en nuestra opinión, conduciría a un "nominalismo"[6] insoportable (**1**).

12. Otros tribunales arbitrales, obrando –en su gran mayoría– de conformidad con el Convenio de Washington, han preferido, quizás guiados, antes que nada, por el sentido común, corregir dicha lista de "inversiones" (demasiado amplia) comprendida en los TBIs y definir la noción de "inversión"

4. Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral investment treaties*, Nijhoff (1995); Jose Luis Siqueiros, "Bilateral treaties on the reciprocal protection of foreign investment", *California Western International law Journal*, vol. 24, No. 2, 1994, pp. 255-275; Andrew Newcombe, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Kluwer (2009); Giorgio Sacerdoti, Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection, *Recueil des cours*, Vol. 269, 1997, pp. 251-460.
5. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c./ Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Opinión disidente del Juez Shahabuddeen a la decisión de anulación, par. 7, en línea : < http://ita.law.uvic.ca/documents/MalaysianHistoricalAnnulmentDissent.pdf> (en adelante, "Opinión Shahabuddeen").
6. La posición nominalista sostiene que las especies y géneros no son realidades anteriores a las cosas –"esencias", capaces de ser conocidas por abstracción–, sino que se trata, simplemente, de nomina (nombres) o voces, que utilizamos para designar a grupos de individuos. "Nominalismo", in: *Enciclopedia de la Cultura Española*, Tomo 4, pp. 519-520, Editora Nacional (1967).

identificando –sobre la base de fuentes externas al TBI aplicable– criterios determinantes más o menos objetivos de lo que sería una "inversión". Este método de definición de la noción de "inversión" ha sido calificado de "objetivo"[7]. Su aplicación, en nuestra opinión, conduciría a un "convencionalismo realista"[8] más o menos convincente (2).

1. Del Nominalismo en la Definición de "Inversión"

13. El artículo 1(1) del TBI celebrado entre la República del Ecuador y Costa Rica, por ejemplo, dispone lo que sigue:

> (1) El término "inversión" designa de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:
> (a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipoteca, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;
> (b) Acciones, títulos, obligaciones, cuotas societarias, y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
> (c) Derechos y obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión específica;
> (d) derechos de propiedad intelectual, incluyendo, en especial, derechos de autor y derechos conexos y derechos de propiedad industrial, tales como: marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos, patentes, diseños industriales, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, know-how, derecho de obtentores de variedades vegetales y otros derechos similares;

7. Opinión Shahabuddeen, par. 8.
8. Las reglas de derecho, como las reglas de gramática, son convencionales en el sentido que pueden ser creadas arbitrariamente por el hombre. Sin embargo, el carácter arbitrario de las reglas de derecho, como de las reglas de gramática, está limitado por la realidad y, en particular, por la realidad humana. El derecho, y el lenguaje jurídico, es entonces una convención humana moderada por las indicaciones de la realidad y de las formas de vida (valores). Eduardo Silva Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF (2002), p. 337.

(e) Concesiones económicas conferidas por ley y por contrato incluidas las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de los recursos naturales; y
(f) La reinversión de utilidades.

14. Basta con revisar con cuidado la lista de "inversiones" de más arriba para percatarse de que lo allí listado son, más que "inversiones" según el sentido común, "activos".

15. El título del TBI, sin embargo, se refiere a la promoción y protección de "inversiones" y no a la "promoción" y protección de "activos". La palabra "inversión", en nuestra opinión, no pudo haber sido utilizada en los TBIs como sinónimo de "activo" puesto que, entre otras razones, la frase "promoción de activos" es un sin sentido. Si bien es cierto, en efecto, que tanto "inversiones" como "activos" pueden ser "protegidos", solamente aquéllas pueden ser –sin que se abuse del lenguaje– "promovidas".

16. La considerable violencia que dichas listas de "inversiones" cometen contra el sentido ordinario de la palabra "inversión" nos conduce, por lo tanto, a preguntarnos si lo que allí se lista representa, más que "inversiones", formas jurídicas y económicas que puede revestir una "inversión". La manera (desafortunada) en que los encabezados de dichas listas han sido redactados, sin embargo, parece más bien indicar que los ítems listados son realmente "inversiones".

17. A esta última conclusión han llegado recientemente tres tribunales arbitrales *ad-hoc* obrando según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

18. En el caso *Swembalt c./ Lituania*[9], en primer lugar, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que la compraventa de un navío destinado a un centro de negocios flotante era, según

9. *Swembalt AB, Sweden c./ Lituania*, Laudo (CNUDMI) del 23 de octubre de 2000, par. 26-35, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Swembalt-Latvia-Award-23Oct2000.pdf.>

el TBI aplicable, una "inversión", desestimó las objeciones a la competencia presentadas por Lituania y decidió, en un laudo final, condenar a Lituania a pagar una suma de dinero. Lituania no cumplió con dicho laudo voluntariamente. Swembalt, empresa sueca, por consiguiente, intentó entonces ejecutar el laudo arbitral de manera forzosa en Dinamarca ante la Corte Marítima y Comercial de Copenhague. Lituania, por su lado, se opuso a la ejecución de dicho laudo arguyendo que un navío comprado con destino a un centro de negocios flotante no constituía una "inversión" de conformidad con el TBI entre Suecia y Lituania. La Corte Marítima y Comercial de Copenhague, sin embargo, confirmó la definición de "inversión" adoptada por el tribunal arbitral y agregó que la palabra "inversión" comprendida en el TBI debía ser interpretada de una manera amplia y no restringida[10].

19. ¿La compraventa de un navío destinado a un centro de negocios flotante es una "inversión"? ¿Una compraventa, en términos generales, supone una "duración" y "la probable obtención de un beneficio" al final de un período más o menos indeterminado?

20. Un segundo tribunal arbitral, en el caso *Mytilineos Holdings SA c./ La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*[11], también decidió desafiar el sentido común y llegó a la conclusión, ante objeciones a su competencia esgrimidas por las demandadas, de que un contrato de sociedad (*partnership*) por medio del cual se le entregaban capital y repuestos a una empresa estatal minera y se asumía la obligación de adquirir parte de su producción constituía una inversión según los términos del TBI aplicable.

10. *República de Lituania c./ SwemBalt Aktiebolag*, decisión de la Corte Marítima y Comercial de Copenhague (2003), Caso S-22-01, in: Sigvard Jarvin y Annette Magnusson, *International Arbitration Court Decisions*, Jure AB (2008).

11. *Mytilineos Holdings SA c./ La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*, laudo parcial (CNUDMI) sobre la competencia del 8 de septiembre de 2006, par. 114 y 115 (en adelante "*Mytilineos*"), en línea: < http://ita.law.uvic.ca/documents/MytilineosPartialAward.pdf >.

21. Las demandadas, sin embargo, invocaban los criterios determinantes de una "inversión" desarrollados por la jurisprudencia arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") para demostrar que la operación económica descrita más arriba no era una "inversión", y el tribunal arbitral, por lo tanto, no era competente para conocer del fondo del asunto.

22. El tribunal arbitral en *Mytilineos Holdings SA c./ La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia*, sin embargo, descartó, a través de un manifiesto metodológico, la aplicación de la jurisprudencia CIADI de la siguiente manera:

> "It is the established practice of ICSID tribunals to assess whether a specific transaction qualifies as an "investment" under the ICSID Convention, independently of the definition of investment in a BIT or other applicable investment instrument, in order to fulfill the ratione materiae prerequisite of Article 25 of the Convention. This requirement is set out in Article 25(1) of the Convention which confines the jurisdiction of ICSID arbitration tribunals to "legal dispute[s] arising directly out of an investment" without defining "investment."
>
> [...]
>
> However, this latter ratione materiae test for the existence of an investment in the sense of Article of the 25 ICSID Convention is one specific to the ICSID Convention and does not apply in the context of ad hoc arbitration provided for in BITs as an alternative to ICSID.
>
> In the present ad hoc arbitration under the UNCITRAL Rules one would therefore have to conclude that the only requirements that have to be fulfilled in order to confer ratione materiae jurisdiction on this Tribunal are those under the BIT"[12].

23. ¿Reúne dicho contrato de partnership las características de la "inversión" según el sentido común y el lenguaje ordinario?

12. *Mytilineos*, par. 114, 117-118.

24. Otro tribunal arbitral CNUDMI, por último, en el caso *Pren Nreka c./ la República Checa*[13], decidió, también ante objeciones a su competencia, que un contrato de renovación y arrendamiento de inmueble con el fin de instalar una pizzería celebrado entre un particular y la Administración era una "inversión" según los términos del TBI entre Croacia y la República Checa.

25. Dado que la sede de dicho arbitraje era París, la República Checa interpuso un recurso de anulación contra dicho laudo arbitral ante la Corte de Apelaciones de París.

26. La Corte de Apelaciones de París[14] rechazó el recurso y confirmó la definición adoptada por el tribunal arbitral afirmando lo que sigue:

> Considerando que las disposiciones del TBI transcritas no prevén un criterio para caracterizar lo que constituye una inversión sino que dan tan sólo una enumeración, que además no es limitativa, de los casos en los cuales se considera que hay una inversión, que las condiciones enunciadas por la República Checa sobre la definición de la inversión añaden al texto del TBI el cual no prevé que sea una condición de la competencia;
>
> Que el único test que se debe realizar es el de determinar si la operación objeto de la demanda entra o no en el marco de las disposiciones del TBI para verificar si puede efectivamente beneficiarse de la oferta de arbitraje del tratado, esta exigencia siendo

13. *Pren Nreka c./ la República Checa*, laudo (CNUDMI) de febrero de 2007, no publicado. La decisión de la Corte de Apelaciones de París (Primera Cámara – Sección C) del 25 de septiembre 2008 resume, sin embargo, dicho laudo, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf>.

14. Traducción del autor: "*Considérant que les dispositions du TBI qui viennent d'être rappelées ne fournissent pas de critère pour caractériser ce qu'est un investissement mais donnent seulement une énumération, et encore de manière non limitative, des cas considérés comme des investissements, que les conditions soulevées par la République tchèque quant à la définition de l'investissement ajoutent au texte du TBI lequel n'en fait pas une question de compétence ;Que le seul test est celui de savoir si l'opération qui sert de base à la demande entre dans le cadre des prévision du TBI pour vérifier si elle peut effectivement bénéficier de l'offre d'arbitrage du traité, cette exigence étant en l'espèce réalisée pour des locaux cédés à bail pendant 15 ans en contrepartie de l'exécution de travaux de rénovation qui constituent un investissement selon les termes très larges du TBI que l'on a rappelés et qui visent notamment n'importe quel droit contractuel*". Decisión de la Corte de Apelaciones de París (Primera Cámara – Sección C) del 25 de septiembre 2008, p. 5, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf>.

satisfecha en lo que concierne los locales cedidos en arrendamiento por 15 años en contraprestación de la realización de trabajos de renovación que constituyen una inversión según los términos muy amplios del TBI que hemos recordado y que incluyen en particular cualquier derecho contractual.

27. ¿La famosa pizzería constituye realmente una "inversión"?

28. En los tres casos arriba citados, los Estados demandados buscaban, argumentando, en especial, que las operaciones económicas en causa no "contribuían al desarrollo económico de los Estados receptores de la supuesta "inversión"", que tribunales arbitrales y cortes restringieran la definición de "inversión" que se puede deducir de las listas de "inversiones" –que se traduce en decir que "todo es inversión" o que "inversión" y "activos" son sinónimos– a través de criterios más o menos extrínsecos al TBI aplicable. Los Estados demandados, en suma, defendían la existencia de una noción única de inversión –cuyos elementos constitutivos comprendían, en particular, "la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión"– que habría sido descrita, en especial, por la jurisprudencia CIADI.

29. Tribunales arbitrales y cortes, sin embargo, respondieron, explícita o implícitamente, que criterios extrínsecos al TBI –y, en especial, criterios precisados por tribunales arbitrales CIADI– no podían ser aplicados para corregir la noción de "inversión" que se deduce de la lista de "inversiones" comprendida en los TBIs. El método subjetivista, en este sentido, consistiría en que "*the jurisdiction of* [the Tribunal] *meant to be solely dependent on the will of the parties*"[15].

30. Un tribunal arbitral CNUDMI responsable de la resolución de una controversia en materia de "inversión", en definitiva, no debería, según dichos tribunales y cortes, aplicar la jurisprudencia CIADI para determinar, entre otras cosas, la

15. Opinión de Shahabuddeen, par. 62.

noción de "inversión" puesto que las disposiciones del Convenio de Washington no le son aplicables.

31. Parece, sin embargo, totalmente ilógico que –como parece sostenerlo el "subjetivismo"– puedan existir tantas nociones de "inversión" como TBIs han sido concluidos en el mundo.

32. Es aún más absurdo que se sostenga, explícita o implícitamente, que la noción de "inversión" depende del mecanismo de resolución de litigios previsto en el TBI escogido por el inversionista. No parece, en efecto, lógico que una misma operación económica realizada, por ejemplo, en territorio ecuatoriano pueda ser calificada de "inversión" por un tribunal CNUDMI y no lo sea por un tribunal arbitral CIADI.

33. Que la definición de "inversión" dependa del mecanismo de resolución de litigios previsto en el TBI escogido por el inversionista supone, además, que, cuando un inversionista sospeche que un tribunal arbitral CIADI (por lo general más "objetivista") pueda considerar que la operación económica en cuestión no es una "inversión", dicho inversionista prefiera comenzar un arbitraje CNUDMI contra el Estado con la esperanza de que, gracias a la aplicación del método "subjetivo", el tribunal arbitral CNUDMI se limite a determinar si la operación económica del caso corresponde con alguno de los ítems de la lista de "inversiones" del TBI.

34. ¿La estrategia anterior no implica un abuso del derecho, esto es, un abuso del proceso de resolución de desavenencias previsto en los TBIs? ¿Dicha estrategia no sería contraria al sacrosanto principio de la buena fe?

35. Es quizás por lo anterior que varios tribunales, especialmente obrando bajo los auspicios del CIADI, han preferido adoptar y desarrollar –siguiendo en esto una filosofía del lenguaje "convencionalista-realista"– una noción única de "inversión".

2. Del Convencionalismo Realista en la Noción de "Inversión"

36. Detrás de la defensa de una noción única y "objetiva"[16] de "inversión" se oculta, sin lugar a dudas, la garantía del valor –fundamental en todas latitudes– de la seguridad jurídica.

37. Es evidentemente contrario a la seguridad jurídica que la palabra "inversión" pueda revestir múltiples sentidos y que los inversionistas puedan escoger entre ellos para asegurar –con gran facilidad– la protección de sus "activos".

38. Varios tribunales arbitrales CIADI, dotados de sentido común y conscientes de la importancia del valor de la seguridad jurídica, han limitado la noción de "inversión" que resultaría de las listas de "inversiones" comprendidas en los TBIs a través de tres métodos distintos (**2.1**, **2.2** y **2.3**).

2.1 De la limitación de la lista de "inversiones" de los TBIs a través del Convenio de Washington

39. Fueron en especial los tribunales en los casos *Salini*[17] y *Fedax*[18] los que, a través del Convenio de Washington, decidieron limitar la amplísima noción de "inversión", contraria al sentido común y el lenguaje ordinario que lo expresa, que resultaría de las listas de "inversiones" de los TBIs.

40. En el caso *Salini*, en primer lugar, el tribunal arbitral, recurriendo al Convenio de Washington, definió cuatro elemen-

16. Por el contrario, el objetivismo, según el juez Shahabuddeen, significa que la competencia de un tribunal CIADI "*(is) meant to be dependent on the will of the parties subject to conformity with the overriding objectives of ICSID as a body concerned with the economic development of the host State*", Opinión de Shahabuddeen, par. 62.
17. *Salini Construtorri S.p.A. e Italstrade S.p.A. c./ Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, decisión sobre la jurisdicción del 23 de julio de 2001, Journal de Droit International, 2002, p. 196 (en adelante "*Salini*").
18. *Fedax N.V. c./ Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, decisión sobre la jurisdicción del 11 de julio de 1997, par. 22-32, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1997-Last.pdf>.

tos constitutivos de la noción de inversión de la siguiente manera:

> "La doctrina considera generalmente que una inversión supone aportes, cierta duración de ejecución del mercado y una participación en los riesgos de la operación. A la lectura del preámbulo de la Convención debe añadirse el criterio de la contribución al desarrollo económico del Estado huésped de la inversión"[19].

41. Dado que el Convenio de Washington no comprende una definición (al menos explícita) de "inversión", el método utilizado por el tribunal arbitral *Salini* para limitar la noción de "inversión" del TBI entre Italia y Marruecos no deja de causar, desde un punto de vista jurídico, sorpresa. ¿De qué fuente, en efecto, provienen los cuatro elementos constitutivos de la noción de "inversión" identificados por el tribunal arbitral *Salini*? ¿Dichos elementos provienen realmente del Convenio de Washington?

42. En realidad de verdad, dichos elementos parecen, más bien, provenir del sentido común y su lenguaje ordinario. No podemos resistir la tentación de subrayar que al menos los tres primeros elementos identificados por el tribunal *Salini* nos parecen formar evidentemente parte de la noción de "inversión". Dichos elementos, en efecto, coinciden con los trazos comunes del "esfuerzo", la "duración" y "la probable obtención de un beneficio" –este último elemento recogería el elemento del "riesgo"– mencionados más arriba.

43. El método utilizado en el caso *Salini*, quizás porque el sentido común es, como escribiera Descartes[20], una de las cosas

19. Traducción del autor: "*La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération. La lecture du Préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement*", *Salini*, par. 53.

20. "*El buen sentido es lo que mejor repartido está entre todo el mundo, pues cada cual piensa que posee tan buena provisión de él, que aun los más descontentadizos respecto a cualquier otra cosa, no suelen apetecer más del que ya tienen. En lo cual no es verosímil que todos se engañen, sino que más bien esto demuestra que la facultad de juzgar y distinguir lo verdadero de lo falso, que es propiamen-*

del mundo mejor compartida, se ha vuelto famoso. Otros tribunales no han dudado en erigir dicho método en "*test*" y aplicarlo en múltiples casos[21]. El caso *Jan de Nul*, quizás, constituye el ejemplo más ilustrativo.

44. El tribunal arbitral *Jan de Nul*, en segundo lugar, confirmó el método *Salini* de la siguiente manera:

> "The ICSID Convention contains no definition of the term "investment". The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called "Salini test". Such test identifies the following elements as indicative of an "investment" for purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State's development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case"[22].

45. Parecería, sin embargo, que (solamente) uno de los elementos identificados por el tribunal *Salini* –el cuarto– ha dado lugar a controversia y debate. Emmanuel Gaillard[23], por ejemplo, sostiene que "la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión" no es un elemento de la noción de "inversión" o, a lo sumo, se halla com-

---

te lo que llamamos buen sentido o razón, es naturalmente igual en todos los hombres; y, por lo tanto, que la diversidad de nuestras opiniones no proviene de que unos sean más razonables que otros, sino tan sólo de que dirigimos nuestros pensamientos por derroteros diferentes y no consideramos las mismas cosas", René Descartes, *Discurso del método*, Primera Parte, Edaf S.A. (2001), p. 2.

21. Por ejemplo: *Saipem S.p.A. c./ Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, decisión sobre la competencia del 21 de marzo de 2007, par. 99, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Saipem-Bangladesh-Jurisdiction.pdf>; *Phoenix Action, Ltd. c./ República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, par. 81, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PhoenixAward.pdf> (en adelante "*Phoenix*"); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c./ Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, decisión sobre la competencia del 14 de noviembre de 2005, par. 130, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Bayindr-jurisdiction.pdf>.
22. *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c./ Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, decisión sobre la competencia del 16 de junio de 2006, par. 91, en línea: < http://ita.law.uvic.ca/documents/JandeNuljurisdiction061606.pdf>.
23. E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *Journal de droit international*, 2008, p. 313.

prendida implícitamente en los tres primeros elementos identificados por el tribunal arbitral *Salini*. ¿Qué tan intensa, se preguntan Gaillard y otros, debe ser "la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión"?

46. Controversia y debate alrededor del cuarto elemento de la "inversión" según *Salini* dieron recientemente lugar a la decisión de un Comité CIADI *ad-hoc* de anulación de anular un laudo arbitral en el que un tribunal concluyó que una operación económica que no contribuye intensamente al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión no puede ser calificada de inversión. Para el Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c./ el Gobierno de Malasia*[24], en efecto, "la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión" no es un elemento de la noción de "inversión".

47. La decisión del Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c./ el Gobierno de Malasia* puede ser criticable. Si bien es cierto que la finalidad de los TBIs es, antes que nada, la promoción y la protección de "inversiones" y que, desde cierta óptica, dichos tratados deben ser interpretados a favor de los inversionistas, también es verdad que, si los Estados aceptaron proteger la inversión extranjera a través de los TBIs, fue bajo la clara expectativa de atraerla y así impulsar el desarrollo económico de sus pueblos y territorios.

48. La decisión del Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c./ el Gobierno de Malasia* de todas formas debería, en nuestra opinión, ser aprobada en la medida en que, en nuestra opinión, no es absolutamente claro que "la contribución al desarrollo económico del

24. *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c./ el Gobierno de Malasia*, Caso CIADI N° ARB/05/10, decisión de anulación del 16 de abril de 2009, par. 56 a 82, en línea: « http://ita.law.uvic.ca/documents/MalaysianHistoricalAnnulment.pdf ».

Estado receptor de la inversión" constituya un elemento esencial de la noción de "inversión".

49. No deja, sin embargo, de ser sorprendente que el Comité CIADI *ad-hoc* del caso *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c./ el Gobierno de Malasia* haya concluido que un contrato celebrado entre una empresa privada de salvamento de buques y sus cargamentos y un Estado para el salvamento de un cargamento de un buque zozobrado constituye, a pesar de la naturaleza eminentemente mercantil de dicho negocio jurídico, una "inversión".

2.2 De la limitación de la lista de "inversiones" de los TBIs a través de la naturaleza mercantil de la operación económica en causa

50. Los límites entre las nociones de "inversión" y "operación mercantil" no parecen ser totalmente claros en derecho internacional.

51. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional, por ejemplo, provee, en su nota de pie de página, una amplísima lista de actividades que serían calificables de "operaciones mercantiles":

> Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial,

transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

52. De la lectura de la lista contenida en el párrafo precedente se desprendería que varias actividades que podrían ser calificadas, según el sentido común y su lenguaje ordinario, de "inversiones" serían, según la Ley Modelo de la CNUDMI, "operaciones mercantiles".

53. Será, sin embargo, evidente para aquellos juristas que conocen la distinción romano-germánica entre el derecho civil y el derecho comercial[25] que el criterio de "comercialidad" adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI no coincide con aquél adoptado en los derechos internos de varios países. La "comercialidad" de la Ley modelo de la CNUDMI es mucho más amplia que aquélla normalmente adoptada en los derechos nacionales que establecen la distinción entre derecho civil y derecho comercial.

54. La "comercialidad" de una operación económica, a pesar de lo anterior, ha sido utilizada por un tribunal arbitral CIADI para determinar que la controversia que le fuera confiada por las partes no era una "inversión". En el caso *Joy Mining Machinery Limited c./ Egipto*[26], en efecto, un tribunal arbitral CIADI se declaró incompetente para conocer del fondo del asunto al concluir que un contrato de compraventa, por complejo que éste sea, no puede ser una "inversión" ya que es, más bien, una operación mercantil. El análisis del tribunal arbitral en *Joy Mining Machinery Limited c./ Egipto* es muy interesante:

25. La distinción entre el derecho civil (derecho común) y el derecho comercial (derecho especial y derogatorio del derecho común) existe en varios países: Alemania, Bélgica, Brasil, Colombia, España, Francia, Uruguay, etc.

26. *Joy Mining Machinery Limited c./ Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, laudo del 6 de agosto de 2004, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf>.

"The Tribunal is also mindful that if a distinction is not drawn between ordinary sales contracts, even if complex, and an investment, the result would be that any sales or procurement contract involving a State agency would qualify as an investment. International contracts are today a central feature of international trade and have stimulated far reaching developments in the governing law, among them the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and significant conceptual contributions. Yet, those contracts are not investment contracts, except in exceptional circumstances, and are to be kept separate and distinct for the sake of a stable legal order. Otherwise, what difference would there be with the many State contracts that are submitted every day to international arbitration in connection with contractual performance, at such bodies as the International Chamber of Commerce and the London Court of International Arbitration?"[27]

55. Los *travaux préparatoires* del Convenio de Washington relatan cómo los arquitectos del mismo entendieron que operaciones mercantiles tales como contratos de compraventa no podían constituir "inversiones" y no entraban por ende dentro del ámbito del Convenio. Christoph H. Schreurer[28] expresa esta idea como sigue:

"[...] Transactions whose characterization as investment has been cas into doubt incluye programmes of work such as construction contracts, training programmes, technical asístanse programmes, consultants' contracts and suppliers' credits. Depending on the overall circumstances, there may or may not amount to investments. Non-recurring transactions such as simple sales and parchases of goods or short-term Commercial credits clearly do not qualify as investments".

56. Los "subjetivistas" criticarán el recurso a dichos trabajos preparatorios sobre dos bases distintas.

27. *Id.*, par. 58.
28. Christoph Schreurer, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 139, Cambridge (2001).

57. El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por una parte, específicamente estatuye que el recurso a trabajos preparatorios es subsidiario y solamente está abierto para confirmar la interpretación del tratado a la que se llegue según el método previsto en el artículo 31 o cuando la aplicación de éste conduzca a resultados ambiguos, obscuros o irrazonables.

58. ¿No es irrazonable concluir que la venta de un navío destinado a un centro de negocios flotante es una "inversión"?

59. ¿No es también irrazonable sostener que el salvamento de un navío y su cargamento es una "inversión"?

60. Los "subjetivistas", por otra parte, pueden aducir, según lo ya dicho, que un tribunal arbitral CNUDMI no podría referirse a los trabajos preparatorios del Convenio de Washington dado que las disposiciones de éste no le son aplicables.

61. El criterio extrínseco a los TBIs de la "comercialidad", sin embargo, nos parece fundamental para moderar las listas de "inversiones" en éstos e impedir abusos del derecho. Salta, en este orden de ideas, a la vista que, de haber sido utilizado por abogados, árbitros internacionales y cortes, las operaciones económicas en causa en los casos *Swembalt c./ Lituania, Mytilineos Holdings SA c./ La Unión de Serbia & Montenegro y la República de Serbia, Pren Nreka c./ la República Checa* y *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c./ el Gobierno de Malasia* nunca habrían podido ser calificadas de "inversiones" al ser esencialmente operaciones mercantiles.

62. El lector notará, sin embargo, que hemos caído en la trampa que denunciábamos al principio de este texto. Hemos (quizás) caído en la trampa de derogar el lenguaje ordinario a través del lenguaje jurídico. No parece, en efecto, muy claro que la "comercialidad" de una operación económica sea un

elemento del sentido común y el lenguaje ordinario que permita excluir ciertas actividades de la categoría de "inversión". ¿La compraventa de un inmueble para la reventa, por ejemplo –operación mercantil por excelencia–, no sería, desde el sentido común y su lenguaje ordinario, una "inversión"?

63. Es tal vez por lo anterior que, entre otras razones, tribunales arbitrales CIADI han decidido moderar las listas de "inversiones" en los TBIs a través del sacrosanto principio de la buena fe.

2.3 De la limitación de la lista de "inversiones" de los TBIs a través del sacrosanto principio de la buena fe (¿principio general del derecho internacional?)

64. No parece aventurado afirmar que el propio sentido común indica que solamente quien obra de buena fe (y no de mala fe) puede ser protegido por las normas que rigen a una sociedad y que conocemos, en su conjunto, como "derecho".

65. *One must come to equity with clean hands*[29].

66. Ningún inversionista podría invocar las protecciones de un TBI –y, en especial, aquella del trato justo y equitativo de la inversión– si no ha obrado, con relación a su inversión, de buena fe.

67. Este principio ha sido aplicado por tribunales arbitrales CIADI de dos maneras diferentes para limitar la amplitud de la lista de "inversiones" de los TBIs.

29. Ver las reflexiones de la Comisión de derecho internacional sobre este requisito de admisibilidad de las reclamaciones internacionales : J. Dugard, Sexto informe sobre protección diplomática, Doc. A/CN.4/546, 11 de agosto de 2004. *Frierdich and Co. Case (Francia c./ Venezuela)*, Comisión Mixta Francia/Venezuela, laudo del 31 de julio de 1905, Recueil des sentences arbitrales, Vol. 10, p. 54 ; *Jarvis (Estados Unidos c./ Venezuela)*, Comisión Mixta Estados-Unids/Venezuela, laudo de 1905, Recueil des sentences arbitrales, Vol. 9, p. 213. J. Salmon, "Des "Mains Propres" comme condition de recevabilité des réclamations internacionales", Annuaire français de droit international, Vol. 10, 1964, p. 225.

68. Varios tribunales, en primer lugar, han decidido declararse incompetentes en casos en los cuales los supuestos inversionistas han elaborado montajes societarios con el único objeto de tener acceso a las protecciones del TBI aplicable y al arbitraje CIADI. Los casos *TSA Spectrum de Argentina S.A. c./ La República Argentina*[30], *Phoenix Action, Ltd. c./ La República Checa* y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Wolrdwide c./ La República de Filipinas*[31] constituyen un buen ejemplo de lo anterior.

69. El tribunal arbitral del caso *Phoenix Action, Ltd. c./ La República Checa*, en especial, erigió la buena fe –que, según el tribunal, sería un principio general del derecho internacional– como criterio determinante de la noción de "inversión" de la siguiente manera:

> "In the instant case, no question of violation of a national principle of good faith or of international public policy related with corruption or deceitful conduct is at stake. The Tribunal is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID. The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected"[32].

70. Los especialistas en derecho internacional privado no dejarán de entrever la similitud entre la aplicación del principio de la buena fe por los tribunales arbitrales en los casos *TSA Spectrum de Argentina S.A. c./ La República Argentina, Phoenix Action, Ltd. c./ La República Checa* y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Wolrdwide c./ La República de Filipinas* y el

30. *TSA Spectrum de Argentina S.A. c./ la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/05/5, laudo del 19 de diciembre de 2008, par. 133-162, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/TSAAwardSp.pdf>.
31. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c./ La República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007, par. 383-404, en línea: < http://ita.law.uvic.ca/documents/FraportAward.pdf>.
32. *Pheonix*, par. 113.

correctivo del "fraude a la ley normalmente competente"[33]. El abuso del sistema de resolución de desavenencias del CIADI equivaldría, en suma, a un fraude a la ley normalmente competente que designa a las cortes nacionales del Estado receptor de la inversión como las únicas con jurisdicción para conocer del fondo de un litigio.

71. En segundo lugar, algunos tribunales arbitrales CIADI han decidido declararse incompetentes ante supuestas inversiones realizadas en violación del derecho del Estado receptor de la inversión. Los casos *Inceysa Vallisoletana, S.L. c./ La República de El Salvador*[34], *World Duty Free c./ Kenia*[35] y *Plama Consortium Limited c./ La República de Bulgaria*[36] ilustran este segundo tipo de limitación a la lista de "inversiones" protegidas según los TBIs.

72. Los dos primeros casos citados más arriba dejan en claro, en especial, que supuestas inversiones realizadas mediante corrupción no pueden ser protegidas. El tribunal arbitral del caso *World Duty Free c./ Kenia* sostuvo, en particular, lo que sigue:

"In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal"[37].

33. P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien (2007), pp. 189-195.
34. *Inceysa Vallisoletana, S.L. c./ La República de El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, par. 208-337, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Inceysa_Vallisoletana_pdf>.
35. *World Duty Free Company Limited c./ Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/WDFv.KenyaAward.pdf> (en adelante "*World Duty Free*").
36. *Plama Consortium Limited c./ La República de Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, par. 194-305, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PlamaBulgariaAward.pdf>.
37. *World Duty Free*, par. 157.

73. Parece ser que el sacrosanto y vago principio de la buena fe se traduce, en los casos citados, en la condena del abuso del derecho y la corrupción, y el respeto debido a las leyes y los reglamentos de los Estados receptores de la inversión.

74. Dichos casos nos recuerdan la decisión del árbitro Lagergren en el famoso caso CCI N° 1110. En dicho caso, Lagergren, ante una clara situación de corrupción, decidió declararse incompetente para conocer del fondo del asunto en los siguientes términos:

> "After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes"[38].

75. La decisión de Lagergren fue criticada y, según se enseña, superada. Se dijo que Lagergren, en lugar de declararse incompetente, ha debido decidir el fondo y anular el contrato en cuestión por objeto ilícito.

76. ¿Los tribunales CIADI que han aplicado el principio de la buena fe han debido declararse competentes y luego rechazar las pretensiones del inversionista en razón de su mala fe? ¿La mala fe del inversionista, en otras palabras, plantea un problema de jurisdicción o de fondo?

38. Laudo de 1963 en el Caso CCI No. 1110, *Arbitration International*, Vol. 10 No. 3 (1994), p. 294, par. 24.

77. Los especialistas en "derecho internacional de las inversiones" quizás sugerirían que la respuesta dependerá de cómo estén escritos los TBIs aplicables (subjetivismo). Lo que, como quiera que esto sea, es cierto es que un tribunal arbitral en materia de inversión no puede anular el TBI y que es más económico para las partes (por razones obvias) que la mala fe del inversionista sea tratada como un tema de jurisdicción que como un problema de fondo.

78. Nosotros queremos creer, en voz alta y borrador, como lo afirma el tribunal arbitral del caso *Phoenix Action, Ltd. c./ La República Checa,* que existe un principio general de derecho internacional según el cual un inversionista de mala fe no puede ser protegido.

* * *

79. Los comentarios anteriores ponen de manifiesto que los problemas fundamentales del naciente derecho internacional de las inversiones se hallan en la incertidumbre en cuanto a sus fuentes y al método de interpretación de los TBIs.

80. Abogados y árbitros, de un lado, se sienten incómodos al fundar argumentos y decisiones sobre el sentido común, los principios generales o, en general, todo elemento extrínseco a los TBIs y otros tratados (como el Convenio de Washington) aplicables. El positivismo imperante en la materia es apabullante. Abogados y árbitros, en suma, parecerían temer la censura y el ridículo al no fundamentar y motivar sus posiciones sobre la base de normas jurídicas escritas (tratados, leyes o precedentes).

81. ¿El naciente derecho internacional de las inversiones es alérgico al sentido común y a los principios generales?

82. ¿No hemos olvidado, a fin de cuentas, lo prescrito en el artículo 38[39] del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia?

83. Abogados y árbitros, de otro lado, se sienten obligados, en materia de inversión, a seguir los métodos de interpretación de los tratados prescritos en los artículos 31[40] y 32[41] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ¿Estas normas, sin embargo, describen los únicos métodos disponibles (y el orden de su aplicación) para interpretar los TBIs y por ende definir, entre muchas otras, la noción de "inversión"? ¿Una definición de "inversión" resultante de una interpretación de un TBI de conformidad con dichas normas que sea contraria a aquella del sentido común y el lenguaje ordinario no sería irrazonable?

39. *"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren".

40. *"Regla general de interpretación.*
1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

41. *"Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*
a) deje ambiguo u oscuro el sentido;
b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

84. Una opinión disidente reciente[42] da luces interesantes sobre los principios que deben ser seguidos en materia de interpretación de tratados:

> "Incidental divergences with fellow arbitrators do not, in my view, necessarily require written expression. I have never before felt impelled to dissent. In this instance, I unfortunately find myself in disagreement with respect to the decisive proposition advanced by my two esteemed colleagues, which as far as I can see could be obtained only by an impermissible rewriting of the Treaty we are bound to apply. [...]
>
> HEP, a Croatian Government-owned joint stock company, has brought this arbitration against Slovenia under an agreement signed by Ministers representing Slovenia and Croatia on 19 December 2001. HEP properly refers to this instrument as a treaty, and indeed invokes the Vienna Convention on the Law of Treaties ("the VCLT") as applicable to its interpretation. It therefore seems appropriate to refer to it as "the Treaty." HEP claims damages on account of non-delivery of electricity as from 1 July 2002 to 19 April 2003. And yet:
>
> (i) HEP is not a signatory ofthe Treaty;
>
> (ii) the Government of Slovenia does not produce or market electricity; and
>
> (iii) above all, the Treaty simply does not contain an undertaking to deliver electricity as from 1 July 2002.
>
> The first two problems would perhaps not have sufficed to cause me to part ways with the majority; with some legal footwork they could have been sidestepped. (Whether the majority have indeed succeeded in finding a solid path remains, however, a matter of doubt; see Paragraph 75 below.) But to conclude that a treaty which does not establish an obligation of delivery nevertheless creates liability for non-delivery is one long bridge too far. I find no words in the Treaty that support such an extraordinary outcome.
>
> I have naturally sought an overriding cause for this sharp divergence. It appears to me that there are in fact two related causes.

42. Opinion individual de Jan Paulsson en el Caso CIADI N° ARB/05/24 entre *Hrvatska Elektroprivreda D.D. c./ la República de Eslovenia*, decisión sobre la interpretación del tratado del 12 de junio de 2009, en línea: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Hrvatska-Interpretation-Paulsson.pdf>

The first is a basic difference of approach, in which the majority's natural desire to reach a result that they consider fair and reasonable leads them to imply terms that are not in the Treaty, to ignore terms that are in the Treaty, and to give retroactive effect to a Treaty when neither its express terms nor its object require retroactivity. I would have great faith in my colleagues, whom I know well and whose views I often share, if they were entrusted with a mission of determining matters of fairness and reasonableness. Yet this Tribunal has not been authorised to decide the dispute ex aequo bono (as would have been required under Article 42(3) of the ICSID Convention). Even if the contrary were true, we would not be in a position to exercise that discretion at this stage of the case. The transformations attendant on the breakup of Yugoslavia gave rise to complex disputes that, as of the signing of the Treaty, had been ongoing for a decade. Originally, nuclear plants had been envisaged to be built in Croatia as well as in Slovenia. The plan for a Croatian plant was abandoned; Croatia became a customer of the plant in Slovenia, but no longer as a fellow federated State within Yugoslavia. This led to predictable divergences. Slovenia invoked international obligations requiring significant investments for Krsko NPP ("the Plant"). (This factor is conspicuously absent from the majority's account under the rubric "The Nature of the Dispute", paras. 6-15.) HEP objected that the expenses had been budgeted unilaterally, and were therefore not opposable to it. On the Slovenian side, it was said that HEP's unjustified interruption of off-take threatened the Plant's financial ruin. HEP retorted that the cause for these difficulties was a failure to respect its right of participation in matters of governance. The list goes on, and the complications are endless. I simply do not see how we could at this stage assess the equities of a long narrative where sharply opposed theses have not been fully presented or examined.

The second cause of my disagreement is a difference in our understanding of the bargain set out in Exhibit 3 to the Treaty. For the majority, that bargain includes a "critical date" of 30 June 2002. If electricity did not begin to flow to HEP on that date, they apparently believe, it became inequitable to enforce the other terms of the bargain which, in their view, were all to take effect as of that purportedly "critical date" without compensating HEP. The problem with this analysis is not only that it is incorrect in principle

to rewrite the Treaty to comport with post hoc notions of equity, but that it is unnecessary to do so. The Treaty does not say that the other elements of Exhibit 3 take effect on 30 June 2002. The perceived unfairness to HEP simply does not arise.[...] The majority apparently believe that it would be inequitable for HEP not to receive electricity on the same date that it assumed 50% responsibility for modernisation costs and exchanged mutual waivers of claims with NEK. But there is no need to imply terms or to introduce retroactivity to achieve that result: the Treaty's text already provides for all of those elements to take effect on the same date. The fact that that date is the Treaty's entry into force, rather than 30 June 2002, does not change the essence of the Exhibit 3 bargain; nor does it render it less equitable. On a proper reading of the Treaty, HEP starts sharing responsibility for costs as of the day electricity deliveries commence, after the Treaty's entry into force.

I moreover feel constrained to express my disappointment upon reading paras. 11-12 of the majority's Decision, which appears in what one would expect to be an objective introductory section of the Decision ("The Nature of the Dispute"). These passages are, in my view, anything but neutral; they read like pleadings on behalf of HEP and seem intended to induce the reader into a strong intuitive sense of the essential fairness of HEP's position, and thus to lay the groundwork for a section of the Decision, commencing with para. 191, entitled "Good Faith". The fact is that these two paragraphs express views of great controversy. Naturally arbitrators have the authority to resolve controversies, but only after examining both sides of the debate and giving reasons for their findings. Here the majority seem to reverse-engineer from their desired outcome, which becomes clear when one reaches para. 191 and its remarkable statement that in treaty interpretation good faith is "the core principle about which all else resolves". This follows the even more curious affirmation in para. 176 that the degree of clarity of a treaty term does not give it "greater or lesser force". I shall revert to this matter in due course (see Paragraphs 23 and 39-51 below)".

85. ¿No podría llegarse a una definición de "inversión" cercana a la que provee el sentido común interpretando la lista de "inversiones" de un TBI de conformidad con la finalidad y el contexto de dicho tratado?

86. Nosotros, como quiera que sea, estamos convencidos, dada la manera en que funcionan las comunidades humanas, que la justicia se halla más cerca del sentido común y del lenguaje ordinario (jusnaturalismo moderado) que de las tecnicidades, muchas veces confusas y artificiales, del lenguaje jurídico.

DIEZ AÑOS DE *MERCK*: UNA DÉCADA DE EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Eduardo Zuleta Jaramillo
Alberto Zuleta Londoño

Introducción

Hace una década la Corte Suprema de Justicia de Colombia resolvió negativamente una solicitud de *exequátur* presentada por los apoderados de tres sociedades extranjeras: (i) Merck y Co Inc.; (ii) Merck Frosst Canada Inc.; y (iii) Frosst Laboratories Inc. El objeto de la solicitud de *exequátur* era un "Laudo Interlocutorio Respecto de la Jurisdicción del Tribunal de Arbitramento", dictado por un tribunal de arbitramento internacional administrado por la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") y cuya sede era la ciudad de Newark, estado de Nueva Jersey, Estados Unidos de América. Las partes demandantes en el arbitraje que dio origen al laudo eran las tres sociedades mencionadas (a las que nos referiremos colectivamente como las "Compañías Merck") y la demandada una sociedad colombiana, Tecnoquímicas S.A. ("Tecnoquímicas"). Esa decisión de la Corte Suprema y las controversias jurídicas que la rodearon moldearon gran parte de las instituciones jurídicas que sirven de fundamento para el arbitraje comercial internacional en Colombia. Muchos de sus efectos continúan vigentes hoy.

El presente artículo examina en detalle las decisiones que se adoptaron en Colombia y el exterior a raíz del la controversia entre las Compañías Merck y Tecnoquímicas (en adelante, globalmente considerado, el "Caso Merck"). En primer lugar se

describirá el caso, así como cada una de las decisiones en torno al mismo. En segundo lugar, se hará un análisis del marco jurídico que sirvió a las distintas autoridades colombianas para resolver el Caso Merck. En tercer lugar, se analizará la evolución del arbitraje internacional colombiano desde Merck hasta hoy. Finalmente, se expondrán las conclusiones del caso.

1. El Caso Merck

En 1986 las Compañías Merck celebraron cinco contratos diferentes con Tecnoquímicas (en adelante los "Contratos"), para la licencia, fabricación y distribución de ciertos productos por parte de esta última compañía. Cada uno de los Contratos contenía una cláusula arbitral (en adelante las "Cláusulas Arbitrales") en la que se preveía un tribunal de arbitramento que sesionaría en la ciudad de Newark, estado de Nueva Jersey, Estados Unidos de América, al amparo de las reglas de la CCI y en idioma inglés (en adelante, el "Tribunal CCI"). Cuatro de los Contratos se regirían, según su mismo texto, por la ley del estado de Nueva Jersey, y el restante por la ley colombiana.

Antes de la expiración del plazo contractual las Compañías Merck notificaron a Tecnoquímicas su intención de no prorrogar los Contratos. Tecnoquímicas manifestó, a su vez, que retendría dineros debidos a las Compañías Merck, amparada en la autorización que la ley colombiana extiende en esa materia a los agentes mercantiles.

1.1 La convocatoria de un tribunal de arbitramento en Colombia y la actuación del Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Al vencimiento del término de los Contratos, Tecnoquímicas, invocando su calidad de agente comercial, retuvo sumas de dinero correspondientes a pago que debía entregar

a Merck bajo los Contratos. Las Compañías Merck presentaron entonces una solicitud de arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, entidad administradora prevista en las Cláusulas Arbitrales. Por su parte, Tecnoquímicas presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá una demanda arbitral para que se declarara la existencia de un contrato de agencia comercial y se pagaran las sumas correspondientes a la terminación de ese tipo de contratos.

El razonamiento de Tecnoquímicas para presentar la solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá puede resumirse así: Los Contratos conformaban una sola relación de agencia mercantil y en virtud del artículo 1328 del Código de Comercio, norma que Tecnoquímicas consideró de estricto orden público, "los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas". La citada sujeción a las normas colombianas se refiere no solamente a las disposiciones legales sustantivas que regulan el contrato de agencia, sino también a las normas procesales nacionales y a la competencia para resolver conflictos relativos a contratos que se dicen de agencia y que hayan sido ejecutados en Colombia. En consecuencia los conflictos relativos a agencias comerciales ejecutadas en Colombia solamente podían ser resueltos por jueces colombianos, en Colombia, en idioma castellano y con sujeción a las reglas del Código de Procedimiento Civil. Las convenciones ratificadas por Colombia en materia de arbitraje condicionan la validez de la cláusula arbitral a que la misma no viole el orden público colombiano y a que el laudo que resulte se pueda ejecutar en Colombia.

Esta línea de argumentación tendría que haber conducido a que el litigio se sometiera por parte de Tecnoquímicas a un juez ordinario en Colombia. Sin embargo, apoyada en la divisibilidad de la cláusula arbitral, consideró que todas las estipulaciones relativas al lugar e idioma del arbitraje, forma de nombramiento

de los árbitros y reglas de procedimiento eran ineficaces por controvertir normas colombianas de orden público, pero que debía preservarse la parte sustancial de la cláusula, es decir, la intención de someter los conflictos a arbitraje. Concluyó entonces que, habiéndose pactado arbitraje, y siendo únicamente eficaz la intención de arbitrar pero no el foro ni las reglas elegidas en las cláusulas compromisorias, la competencia para resolver el conflicto le correspondía al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El mencionado Centro admitió la convocatoria, la notificó a las Compañías Merck e indicó que procedería al nombramiento del tribunal.

Las Compañías Merck presentaron recurso de reposición solicitando que se rechazara la convocatoria arbitral, en la medida en que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá no había sido designado por las partes como el centro encargado de administrar el arbitraje.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá decidió declararse inhibido para resolver los recursos citados. Al respecto, y siguiendo la que había sido su postura tradicional, el citado Centro argumentó que –en su criterio– no contaba con atribución jurisdiccional alguna para definir de manera definitiva asuntos procesales y sustanciales de fondo planteados por las partes en la etapa prearbitral (como es el caso de la competencia para conocer de la convocatoria arbitral), toda vez que esa es una atribución propia y un asunto que únicamente le corresponde resolver a los árbitros. Como consecuencia de esa decisión continuó con el trámite prearbitral y finalmente designó árbitros[1].

1. En ese entonces existía un debate sobre si las instituciones administradoras de arbitraje tenían o no una función jurisdiccional. Tema que fue finalmente cerrado con la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible el trámite prearbitral tramitado por los Centros de Arbitraje. Cabe anotar que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá envió una nota a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI solicitando que como "entidad nominadora" procediera a nombrar los árbitros y señalando que si no lo hacía lo haría el Centro. La carta la res-

1.2 La actuación del tribunal de arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

En la primera audiencia de trámite el tribunal así designado (el "Tribunal de Arbitraje Colombiano") se declaró competente para conocer del caso con los siguientes argumentos:

- Los contratos se ejecutaron en territorio colombiano.
- La convocante alega que los contratos configuran una relación de agencia comercial.
- La competencia del tribunal arbitral se determina precisando el objeto sobre el cual versa el litigio pues "la doctrina explica que el factor objetivo de la competencia atiende la naturaleza del asunto, siendo el legislador quien asigna una determinada competencia, en consideración la índole de la relación jurídica que se debate, y por ello el juez debe asumirla sin consideración a que realmente exista esa relación jurídica".[2]
- Como el objeto sobre el cual versa el litigio es la existencia de una agencia comercial, debe darse aplicación al artículo 1328 del Código de Comercio en virtud del cual "Para todos los efectos, los contrato de agencia comercial que se ejecuten en territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita".
- La mencionada disposición, al utilizar la expresión "para todos los efectos", se refiere tanto a la ley sustancial como a la ley procesal.
- El artículo 1328 del Código de Comercio es de orden público y por ende no admite pacto en contrario. La sanción prevista por la norma en caso de transgresión es la ineficacia del pacto, ineficacia que no requiere declaración judicial.

pondió el entonces consejero Fernando Mantilla Serrano diciendo que la CCI no era "nominadora" sino la administradora y que cualquier nombramiento que hiciera el Centro sería ilegal. El Centro, argumentando que la CCI no había nombrado dentro del plazo, procedió al nombramiento.

2. Arbitramento de Tecnoquímicas S.A. vs. Frosst Laboratories y otros, Acta No. 3, marzo 19 de 1999.

- La ineficacia, sin embargo, es parcial, solamente se refiere al foro pactado para el arbitraje, al idioma, a la forma de nombramiento de los árbitros y a las reglas de procedimiento, por cuanto al admitir esta ineficacia parcial "se destruyen, al menos parcialmente, los efectos de la cláusula y se concluirá que en casos como el *sub lite* no es admisible el arbitraje internacional. Si se entiende que la cláusula es íntegramente ineficaz, también se darán los efectos anteriores pero simultáneamente se impedirá el acceso al arbitraje nacional, de lo cual resultaría que el conflicto deberán conocerlo los jueces locales, interpretación que estaría frustrando el verdadero querer de las partes, que concretamente fue excluir estos conflictos de la justicia ordinaria".[3]

Interpuesto el correspondiente recurso de reposición frente a la decisión de competencia, el Tribunal de Arbitraje Colombiano insistió en declararse competente. Para el efecto, reiteró los argumentos inicialmente expuestos y trajo a colación los siguientes[4]:

3. Arbitramento de Tecnoquímicas S.A. vs. Frosst Laboratories y otros, Acta No. 3, marzo 19 de 1999. Sobre este particular, en concepto allegado al proceso, el Dr. Álvaro Mendoza Ramírez, citado por los árbitros como una de las fuentes de su decisión manifestó: "En forma alguna en mi criterio, puede traerse a cuento el proveído anterior para pretender que si la voluntad de las partes apuntó hacia un arbitramento de carácter internacional y hacia un centro arbitral diferente, esta voluntad pueda preservarse en un aspecto mínimo del compromiso, pero sustrayendo dicho aspecto de la clase de arbitramento y del centro encargado de adelantarlo. Es claro que los casos difieren sensiblemente (...)"El raciocinio expresado en el acta no. 2 lleva a una labor de poda de la voluntad contractualmente expresada, de tal naturaleza que la desfigura completamente. No se trata aquí, como ocurrió en el laudo en el cual el suscrito participó, de entender que puede hacerse una diferencia entre el propósito de comprometer y la forma de designar los árbitros, sino que se afecta la misma intención compromisoria, al deslindarla de la clase de arbitramento y del centro arbitral escogido por las partes. Este sistema de eliminar lo sustancial de una estipulación para preservar únicamente una parte tan pequeña de ella, que difícilmente puede suponerse como propia de la voluntad realmente expresada en el contrato, desfigura totalmente dicha voluntad"..."En mi criterio, si se quiere desconocer, no solamente el sistema previsto para la designación de árbitros, sino la misma condición y clase de arbitramento escogido (un arbitramento de carácter internacional), así como el centro de arbitraje expresamente pactado, se está reservando un aspecto muy pequeño de la voluntad compromisoria, y todo lo anterior para afirmar que el tribunal convocado es competente. Es algo así como aferrarse a un clavo ardiente, único soporte para la competencia de los árbitros, cuando ellos mismos deciden eliminar supuestos que deben tenerse como fundamentales en la mencionada voluntad compromisoria (...)".
4. Arbitramento de Tecnoquímicas S.A. vs. Frosst Laboratories y otros, Acta No. 4, abril 8 de 1999.

- La competencia del tribunal arbitral se determina por la pretensión de la convocante.
- No es la cláusula compromisoria la que define la competencia de los árbitros.
- Ninguno de los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de arbitraje autoriza a pactar contra el artículo 1328 del Código de Comercio; la ley 315 de 1996 (ley de arbitraje internacional) sí lo autoriza, pero no es aplicable al caso por ser posterior a la fecha del pacto arbitral.
- Los tratados internacionales sobre arbitraje siempre dejaron a salvo las normas de orden público al paso que la Ley 315 de 1996 permite pactar aún contra las normas de orden público.
- El artículo 1328 del Código de Comercio es norma de orden público internacional o absoluto y por ello, aunque Colombia haya suscrito a la Convención de Nueva York, "tal convención no modificó ni derogó el artículo 1328 del Código de Comercio, ni prevalece sobre tal norma"[5].

Dejando de lado la discutible tesis de que la jurisdicción del tribunal arbitral no se funda en el pacto arbitral sino en las pretensiones de la demanda, la posición asumida por el Tribunal Arbitral Colombiano generaba una paradoja consistente en la posibilidad de que el tribunal acudiera a la supuesta ineficacia parcial de la cláusula fundándola en las normas de agencia mercantil previstas en la ley colombiana, y al momento de fallar encontrara que tal agencia mercantil jamás existió. Sin embargo, el tribunal insistió en su competencia.

5. Arbitramento de Tecnoquímicas S.A. vs. Frosst Laboratories y otros, Acta No. 4, abril 8 de 1999.

1.3 La acción de tutela: el trámite de la primera instancia

Las Compañías Merck presentaron ante la sala civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá una acción de tutela (equivalente al amparo en otros países de la región) contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por vulneración de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad.

Se argumentó que las normas vigentes al momento de instaurarse la demanda arbitral por Tecnoquímicas otorgaban al director del Centro las facultades necesarias para resolver sobre la admisión, inadmisión o rechazo de la solicitud de convocatoria a un trámite arbitral, así como sobre los recursos que se presenten contra sus decisiones, no pudiendo entonces declararse inhibido para asumir tales obligaciones.

Al evitar pronunciarse de fondo sobre el recurso interpuesto contra la admisión, el director del Centro generó, entre otras, las siguientes consecuencias:

- La existencia de dos trámites arbitrales, entre las mismas partes y por los mismos hechos, en dos lugares diferentes: Bogotá y Newark, Nueva Jersey.

- La necesidad de adelantar un trámite arbitral en Bogotá, que es absolutamente nulo por falta de jurisdicción y competencia y que debió ser rechazado por el Centro de Arbitraje, mediante una simple revisión *prima facie* del pacto arbitral.

- La necesidad de tener que integrar un tribunal de arbitramento, para que se declare la falta de jurisdicción - no su propia competencia- lo cual ha debido ser resuelta en el auto admisorio de la demanda.

- La obligación de cancelar los honorarios de árbitros nombrados por una institución diferente a la pactada por las partes so pena de que, a la luz de la ley Colombiana, que el director del Centro consideró aplicable, se declaren extinguidos los efectos de un pacto arbitral.

Las Compañías Merck consideraron que se había violado su derecho de defensa y el debido proceso, a través de lo que se conoce jurisprudencialmente como la "vía de hecho"; esto es para el caso concreto, una actuación adelantada por una autoridad y consignada en una decisión en particular, caracterizada por una arbitrariedad, subjetividad, parcialidad y voluntarismo desconocedor de los principios mínimos, objetivos y razonables de legalidad que deben gobernar el caso en concreto.

En cuanto a la violación del derecho a la igualdad se alegó que el Centro había proferido el 13 de mayo de 1998, dentro de tres trámites arbitrales contra una misma empresa, decisiones por medio de las cuales se ordenó revocar providencias dictadas anteriormente; esto es, los autos por medio de los cuales el Centro admitió cada una de las solicitudes de convocatoria del tribunal de arbitramento. Dicho en otras palabras: dentro de los trámites arbitrales contra una empresa el Centro Arbitral sí tuvo competencia para admitir o para inadmitir (que es lo mismo que revocar el auto de admisión), pero en el trámite arbitral adelantado contra las Compañías Merck, resultó que ese mismo Centro se declaró inhibido para conocer y resolver un recurso de reposición contra el auto que admitió la convocatoria al tribunal arbitral.

Por último se advirtió que la acción de tutela no pretendía en momento alguno cuestionar el asunto de fondo en cuanto al pacto arbitral, es decir, lo que se debatía en el proceso. Por ese motivo, se recalcó con insistencia que no se estaba solicitando que mediante una sentencia de tutela se obligara al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a adoptar una posición favorable a los argumentos jurídicos presentados por las Compañías Merck: lo que se solicitó fue un pro-

nunciamiento que resolviera los recursos de acuerdo con la competencia legal de que estaba investida el mencionado Centro.

Mediante decisión del 24 de agosto de 1998 la sala civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, decidió –por mayoría– conceder la acción de tutela interpuesta por las Compañías Merck. Por considerar que el director del Centro había incurrido en una conducta violatoria del derecho al debido proceso que constituye una vía de hecho por *"desconocimiento grave y flagrante de la normativa que rige el proceso arbitral en el punto abordado, evento en el cual la autonomía e independencia del funcionario no prevalece, al haber antepuesto su voluntad o capricho al mandato de la ley, al sustraerse a la obligación de documentar en una providencia las razones lógico-jurídicas tendientes a desatar el recurso formulado dentro de la actuación que se surte bajo su dirección"*.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Superior consideró que la acción de tutela interpuesta debía prosperar con el objeto único de que el Centro profiriera una decisión de mérito sobre el recurso de reposición presentado por las Compañías Merck, teniendo el Centro autonomía e independencia para adoptar la decisión sobre el particular.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Superior de Bogotá el Centro profirió un auto de fecha 28 de agosto de 1998 en el que, después de algunas consideraciones, concluyó que la de la simple lectura de la cláusula arbitral pactada por las partes *"se observa que las partes acordaron que todos los conflictos serían resueltos bajo las reglas de conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional, y en aplicación de dichas reglas, el centro acordado es la Cámara de Comercio Internacional"*. Como consecuencia de lo anterior, el Centro tomó la decisión de revocar la convocatoria arbitral presentada por Tecnoquímicas contra las Compañías Merck.

1.4 La acción de tutela: el trámite de la segunda instancia

Tanto el Centro como Tecnoquímicas decidieron impugnar la decisión de tutela adoptada por la sala civil del Tribunal Superior de Bogotá.

El Centro fundó su impugnación en el hecho de que su director no es un juez, no cuenta con funciones jurisdiccionales y sus actos tampoco pueden revestir tal carácter. Según el Centro las actividades que se adelantan durante la etapa prearbitral no comportan actividad jurisdiccional, sino que se trata de una colaboración de carácter instrumental que el Centro le presta a quienes acuden al proceso arbitral. El Centro no admite una demanda arbitral propiamente dicha, sino tan sólo la convocatoria a arbitrar, pues las decisiones en torno a la demanda, la contestación, las excepciones y la reconvención, son asuntos que competen únicamente a los tribunales arbitrales. De acuerdo con estas consideraciones, para el Centro la decisión de haberse abstenido de resolver los recursos interpuestos por las Compañías Merck y haber deferido cualquier decisión sobre el particular al tribunal de arbitramento, no fue un acto de carácter jurisdiccional y, en todo caso, fue un acto ajustado a derecho.

Tecnoquímicas apoyó la tesis del Centro y argumentó que las Compañías Merck contaban con otro mecanismo de defensa judicial, como era el caso de las excepciones previas, lo que hacía que la acción de tutela no prosperara, máxime cuando –en su criterio– la acción de tutela no se había interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, las Compañías Merck presentaron sus argumentos por los cuales estimaban que la sentencia de primera instancia debía ser confirmada por parte de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. Además de reiterar las razones expuestas en la demanda de tutela, señalaron las interesadas que, aun aceptando en gracia de discusión que el Centro no admite una demanda sino una solicitud de convocar un arbitra-

je, lo cierto es que sobre esa decisión de admitir o no la convocatoria procede el recurso de reposición y, por lo mismo, el Centro y sólo el Centro era el responsable de resolverlo.

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia del 25 de septiembre de 1998, resolvió revocar la sentencia proferida en la primera instancia y, en su lugar, rechazar la acción de tutela interpuesta por las Compañías Merck.

La Corte Suprema estimó que la discusión entre las partes que participan en el proceso de tutela *"encierra como aspecto básico y distinto por entero de la cuestión de misma, un problema hemenéutico, una diferencia de criterios que se apoyan, cada uno, en una ilación esquemática y lógica que, de entrada, excluye la arbitrariedad, ínsita en toda vía de hecho, como de manera unánime y uniforme se ha afirmado en la jurisprudencia constitucional* (...)". Por esta razón, consideró la Corte que la decisión del director del Centro *"no fue una denegación de respuesta, no constituyó una vía de hecho o una violación del debido proceso, por cuanto el fundamento de la mal llamada inhibición radicó precisamente en no poder entrar de fondo en el asunto, sin usurpar la competencia del tribunal, para lo cual se basó en una interpretación normativa y racional* (...)".

La Corte no se pronunció a favor de alguna de las tesis que han sido materia de debate, ni consideró que los directores de los centros de arbitraje ejercen funciones jurisdiccionales; tampoco avaló la tesis de que son meros administradores que cumplen funciones secretariales. Optó por considerar que se trataba simplemente de un caso en que existían diferencias de interpretación jurídica y que, por lo tanto, no procedía la tutela.

1.5 La competencia del Tribunal CCI y la solicitud de exequátur de la decisión que la estableció

Mientras se tramitaba la tutela en la segunda instancia, se inició ante la sala civil de la Corte Suprema de Justicia un proceso de *exequátur*, con el fin de que se reconociera en Colombia la decisión sobre jurisdicción adoptada por el Tribunal CCI.

En *Merck et al v. Tecnoquímicas*[6], la Corte Suprema de Justicia de Colombia negó el reconocimiento de la decisión proferida por el Tribunal CCI en la que el árbitro –quien denominó su decisión "Laudo Interino sobre Jurisdicción"[7]– resolvió lo siguiente: (i) que los pactos arbitrales convenidos por las partes eran válidos; (ii) que el árbitro único designado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI tenía jurisdicción para resolver las controversias que le habían sido sometidas; (iii) que la demandada debía abstenerse de continuar acciones en contra de los pactos arbitrales, incluida la acción iniciada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; y (iv) que el tribunal se abstendría de decidir, por el momento, sobre los reclamos por daños presentados por las Compañías Merck, los cuales serían decididos en el laudo final.

En la decisión inicial[8], la Corte Suprema de Justicia consideró lo siguiente:

(i) El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros está sujeto a las normas del Código de Procedimiento Civil. Dichas normas remiten a los tratados internacionales y, en ausencia de los mismos, a la reciprocidad. Como

6. Decisiones de enero 26 y marzo 1 de 1999. Yearbook Commercial Arbitration, Vol XXVI-2001, The Hague, 2001, Kluwer Law, pags. 755-766. Véase también en relación con este mismo caso, Zuleta, Eduardo *"Special constitucional Action to Preserve International Arbitration "* en *Journal of International Arbitration,* Vol. 8., No. 4, Agosto 2001, The Hague, 2001, Kluwer Law International, pp. 475 a 480.
7. Interim Award on Jurisdiction en el original; traducción del autor.
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil y Agrária. Decisión del veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999); expediente No. 7474. Magistrado, Dr. Pedro Lafont Pianetta.

existe un tratado internacional –La Convención de Nueva York de 1958– procede entonces aplicarla. Acudiendo al artículo 695 del Código de Procedimiento Civil, el cual versa sobre los requisitos de la demanda y remite parcialmente a las causales de denegación del *exequátur* previstas en el artículo 694, sostuvo que la misma no podía versar sobre derechos reales constituidos sobre bienes ubicados en Colombia; no se podía oponer a leyes u otras disposiciones de orden público; y no podía referirse a asuntos que sean de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

(ii) La determinación de la naturaleza de las providencias cuyo reconocimiento es posible debe establecerse, en primer lugar, acudiendo a los tratados internacionales y, en segundo lugar, a la ley colombiana[9].

(iii) Dado que la Convención de Nueva York no define lo que se entiende por sentencia arbitral, debe acudirse, en primer lugar, al espíritu de dicho instrumento internacional y, en segundo lugar, a la ley colombiana.

(iv) El alcance que resulta más ajustado al espíritu del tratado y a la ley colombiana es el de concebir la "sentencia arbitral" como aquella que pone fin al proceso arbitral, definiendo las diferencias sometidas a consideración del tribunal arbitral.

(v) La decisión sobre jurisdicción es, independientemente de su denominación, una decisión simplemente previa y preparatoria.

(vi) La anterior interpretación coincide con el alcance que la expresión "sentencia arbitral" tiene a la luz de la ley colombiana.

9. Para llegar a esta conclusión la Corte invocó el artículo 25, numeral 4 del código de procedimiento civil y el artículo 693 (incisos 1° y 2° del mismo código).

(vii) Bajo la ley colombiana, la decisión sobre la competencia del tribunal de arbitramento es un auto y no una sentencia.

(viii) No puede concederse el *exequátur* sobre una decisión que es susceptible de ser modificada posteriormente por el tribunal de arbitramento.

(ix) Conceder el *exequátur* en el presente caso implicaría definir un conflicto de competencias entre un tribunal de arbitramento extranjero (el que profirió el laudo) y la jurisdicción colombiana (al tribunal arbitral designado por el Centro), lo cual desbordaría el marco legal del ordenamiento jurídico colombiano, pues la decisión que resuelve este conflicto debe ser la que al respecto tome el juez colombiano, dentro del proceso que se adelante en Colombia y no la que tome la Corte Suprema de Justicia. Esto se debe al carácter de orden público y el principio general de territorialidad de las normas procesales.

La anterior decisión fue objeto de un recurso de súplica, el cual fue resuelto el primero de marzo del mismo año[10]. En este caso, el recurrente señaló que el concepto de "sentencia arbitral" debía establecerse a la luz del derecho de la sede del arbitraje, pues es la ley que resulta aplicable en subsidio de las reglas escogidas por las partes, según se desprende de una interpretación armónica de la ley 315 de 1996 (ley de arbitraje internacional) y la ley 39 de 1990 (por la cual se aprobó la Convención de Nueva York). La Corte Suprema de Justicia insistió en que es el Código de Procedimiento Civil el que debe aplicarse para determinar cuál es la ley aplicable para establecer el concepto de "sentencia arbitral", y que este código ordena que sean los tratados internacionales y, en subsidio, la ley colombiana. La Corte repitió, entonces, el análisis que había hecho en el fallo anterior, y con-

10. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil y Agraria. Decisión del primero (1º) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Expediente E-7474. Magistrado ponente, Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

cluyó que solamente los laudos definitivos pueden entenderse como "sentencias arbitrales" para efectos de ser reconocidos por medio de un proceso de *exequátur*.

1.6 La selección y la revisión de la acción de tutela por parte de la Corte Constitucional

Las Compañías Merck solicitaron a la Corte Constitucional seleccionar la acción de tutela, por tratarse de un asunto sobre el que no existía antecedente jurisprudencial alguno. En el respectivo escrito se argumentó que la Corte Suprema no tuvo en cuenta que la actuación cuestionada por parte del director del Centro constituía una vía de hecho vulneradora de los derechos constitucionales al debido proceso y a la igualdad –y, por lo mismo, objeto de protección a través de la acción de tutela– independientemente de la posición jurídica que se adoptare. En la medida en que el presente asunto trataba de la decisión del director del Centro de declararse inhibido de conocer de un recurso de reposición presentado contra un acto que el mismo director había expedido, la discusión acerca de si el referido funcionario actuaba bajo unos postulados jurídicos o bajo otros tenía como único fin el explicar que en todos los eventos posibles la decisión inhibitoria dictada fue flagrantemente violatoria del ordenamiento jurídico y constituye un acto jurídico caprichoso, arbitrario y desconocedor de la ley que bien valía la pena ser cuestionado y revocado a través de la acción de tutela. En efecto, si el Centro decidió admitir la demanda o la convocatoria al tribunal y posteriormente optó porque no podía conocer de los recursos presentados contra su propia providencia, bajo el argumento de que se trataba de un asunto de competencia y jurisdicción que la ley le había conferido definir a los árbitros, entonces, ese funcionario no debió haber dictado la providencia admisoria del arbitramento en una primera instancia.

El Centro y Tecnoquímicas presentaron sus respectivas consideraciones y solicitudes ante la Corte Constitucional, básica-

mente exponiendo la misma posición jurídica que se sometió ante la primera y la segunda instancia.

La Corte Constitucional resolvió seleccionar para su revisión la acción de tutela interpuesta por las Compañías Merck. Como consecuencia de la trascendencia del asunto, no fue la mencionada sala la encargada de resolverlo, sino que la acción de tutela pasó a consideración de la sala plena de la Corte.

En su sesión del 18 de agosto de 1999, la Corte Constitucional, de manera unánime, decidió conceder –a través de la sentencia SU-600-99 del 18 de agosto de 1999– la acción de tutela por violación al debido proceso y denegación de justicia por parte del Centro.

En su decisión la Corte sentó el principio de que toda autoridad que profiere una decisión tiene la competencia para revisarla, en virtud de la posibilidad que tienen las partes de presentar un recurso de reposición. Igualmente se ocupó de señalar que las decisiones inhibitorias –como las adoptadas por el Centro– que carezcan de fundamentos jurídicos válidos, constituyen procedimientos anómalos y censurables, sobre todo cuando dicha decisión se produce en el curso de un procedimiento que busca que la controversia que se encuentra de por medio se resuelva debidamente.

Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte posteriormente resaltó la importancia que reviste la etapa previa a la iniciación del arbitraje en la que *"la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan"*, independientemente de si en dicha etapa se ejercen o no facultades jurisdiccionales (debate éste que la Corte obvió por considerarlo innecesario ante la evidencia de los derechos fundamentales violados por el Centro a las Compañías Merck), aunque la Corte sí dejo en claro que en todo caso al director del Centro le corresponden ejercer atribuciones y poderes procesales *"que traslucen una clara*

e indubitable función pública como lo son las diligencias de notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, decisión de los recursos de reposición, conducción de la audiencia de conciliación, etc.".

La Corte estimó que, si bien los centros de arbitraje no están obligados a resolver todas las peticiones contenidas en un recurso, cuando menos tienen que establecer si, en la cláusula arbitral que se les pone de presente, se menciona a ese centro como el acordado por las partes. Rehusarse a realizar el debido examen de la cláusula compromisoria implica para dichos centros, según la Corte, *"correr el riesgo de afincar su competencia sobre bases deleznables"*.

La Corte aclaró que una cosa es la competencia jurisdiccional del tribunal arbitral y otra la competencia de los centros para efectos de tramitar las solicitudes de convocatoria, adelantar trámites preparatorios y servir de apoyo en la función arbitral. Y es precisamente para propósitos de adelantar estas tareas es que a los centros se les demanda el examen de la cláusula arbitral, independientemente de las labores posteriores que desarrolle el respectivo tribunal. Por eso la Corte advirtió:

> "Si bien el Tribunal de Arbitramento, al resolver sobre su propia competencia y establecer si puede entrar a conocer de la controversia arbitral, puede corregir los errores en que eventualmente haya incurrido el Centro al admitir una solicitud de convocatoria dirigida a otra institución –sobre todo cuando se proyecta sobre la selección de la sede y la modalidad interna o internacional del arbitramento–, ello no justifica la ausencia de pronunciamiento inicial por parte del Centro de arbitraje.
>
> "La regulación procesal de la etapa prearbitral le atribuye suficientes facultades al director del centro de arbitraje con el objeto de que pueda tomar la decisión sobre su propia competencia como centro de arbitraje, la cual no se puede confundir con la jurisdicción o competencia del Tribunal de Arbitramento llamado a decidir la controversia. Si no cuenta con este poder jurídico, el

centro de arbitraje no puede legítimamente conducir la etapa prearbitral.

"El examen jurídico que necesariamente ha de realizar el centro para fijar su competencia como institución arbitral, debe ser suficientemente riguroso y diligente como para permitirle afirmar de manera fundada que aquél corresponde al centro de arbitraje acordado y que concurren, de otro lado, los elementos formales indispensables para impulsar la etapa prearbitral. No es admisible sostener que el centro se encuentre impedido para efectuar este escrutinio de su competencia. Hacerlo obedece a un imperativo jurídico y prudencial, que en modo alguno significa dirimir la controversia ni tiene por objeto resolver sobre la validez de los pactos convenidos".

Con base en estos fundamentos generales la Corte procedió a ocuparse del caso concreto de las Compañías Merck. Para esos efectos, lo primero que cuestionó la Corte fue el silencio –a través de la inhibición– por parte del Centro, pues en la medida en que la cláusula compromisoria defería el conflicto contractual al conocimiento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, bajo un procedimiento y una normativa particular, lo menos a que tenían derecho las Compañías Merck era que se motivara debidamente la decisión del Centro de adelantar la convocatoria arbitral por parte de Tecnoquímicas. En efecto, para la Corte:

"Planteada la cuestión en estos términos, la prosecución del trámite contradice aún el comportamiento inhibitorio seguido, puesto que ella manifiesta una convicción sobre su propia competencia, aunque se opta por no hacer explícitas las razones que le sirven de asidero. La persistencia del Centro en adelantar el trámite prearbitral, no encaja con la inhibición que formula y, por consiguiente, esa ambivalencia que se resuelve contra el recurrente demuestra que la decisión no fue motivada en derecho.

"Por el contrario, la actuación trasluce una dosis alta de voluntarismo amparada en la absoluta reserva sobre las propias razones de ese proceder, lo que no se espera de un particular que cum-

ple una función pública gobernada por el derecho y que no puede con esa facilidad escamotear la definición de los recursos que son medios de defensa y que por ello exigen una contestación debidamente fundamentada en las normas".

Es por lo anterior que la Corte se cuestiona además en qué norma contractual o legal el Centro basó su propia competencia para adelantar el trámite prearbitral que se cuestiona. A tal punto llega el cuestionamiento, que para la Corte la actuación del Centro no tuvo fundamento distinto que el de una lectura propia de la cláusula compromisoria en que asuntos de tanta relevancia como las reglas de la CCI, la designación de Newark para adelantar el arbitramento y la determinación que el mismo debía surtirse en inglés, fueron obviados. Supone la Corte entonces que el Centro debió haber leído así la cláusula pactada por las partes:

"Todos los conflictos relacionados con el presente contrato o con su terminación así como cualquier contrato de ventas aquí mencionado deberá ser solucionado, (...) por uno o más árbitros (...) Cualquier decisión adoptada dentro de dicho procedimiento será definitiva y tendrá efectos de cosa juzgada para ambas partes. Cualquiera de las partes podrá presentar el laudo ante cualquier corte competente para juzgar dicho laudo y hacerlo cumplir. Las partes acuerdan de manera específica dicho procedimiento arbitral, y dicho laudo, así como comparecer ante cualquier corte competente para que este sea juzgado y aplicado por dicha corte".

De lo anterior entiende la Corte que cualquiera que hubiese sido la regla contractual entendida y aplicada por el Centro, lo cierto es que dicha entidad se negó a fundamentar las razones de su decisión, incluso cuando las Compañías Merck le ofrecieron la oportunidad para hacerlo a través del recurso de reposición. Para la Corte, ese silencio por parte del Centro constituyó un *"comportamiento que menoscaba arbitrariamente el derecho al debido proceso de la parte interesada"*.

Las razones precedentes llevaron pues a la Corte a estimar que los derechos fundamentales al debido proceso y a una debida justicia de las Compañías Merck fueron abiertamente desconocidos por la actuación del Centro. Por ello, advirtió, que *"el vicio en que se ha incurrido con la inhibición incide sobre toda la actuación cumplida a partir de la denegación de justicia que se ha producido dentro de esta fase del procedimiento"*. Y en cuanto a la supuesta y argumentada existencia de otro medio de defensa judicial (como era el caso de las excepciones previas) por parte del Centro y Tecnoquímicas, la Corte señaló que en *"estricto rigor, la resolución del Tribunal de Arbitramento, que se cumple de oficio en la primera audiencia de trámite, no tiene el carácter de medio de defensa, sobre todo cuando lo que se cuestiona tiene su raíz en la competencia específica del Centro de arbitraje para impulsar el trámite prearbitral"*.

Así las cosas, la Corte Constitucional, de manera unánime, resolvió revocar la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia del 25 de septiembre de 1998 y, en su lugar, confirmar la sentencia proferida por la sala civil del Tribunal Superior de Bogotá el 24 de agosto de 1998.

Con esta decisión se dio un paso importante, es cierto, que definió obligaciones para los directores de los centros de arbitraje y que evitará abusos en el futuro; pero ese paso se dio a través de un mecanismo extraño al arbitraje, al margen del arbitraje mismo y con la intervención de tres instancias judiciales diferentes a lo largo de algo más de un año. La incertidumbre jurídica, la indefinición en las reglas del juego y su consecuencia inmediata, la falta de confianza, enemigas por antonomasia del arbitramento, siguen latentes.

2. El marco jurídico que sirvió a las distintas autoridades colombianas para resolver el Caso Merck

Las decisiones que rodearon el Caso Merck forman, entre todas, un marco jurídico para el arbitraje comercial internacional en Colombia que es bastante diferente de lo que se encuentra en los tratados internacionales suscritos por el país sobre la materia e, inclusive, de lo que dispone la ley colombiana. A continuación se analizan las reglas jurídicas más importantes que se derivan de las decisiones que se han descrito a lo largo del presente artículo.

2.1 La relación entre el conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes

Uno de los temas que más ha costado a los jueces dilucidar en Colombia es aquel que tiene que ver con la jurisdicción y ley aplicables a los contratos internacionales. No solamente existe gran incertidumbre en torno al análisis del conflicto de jurisdicciones y al que corresponde al conflicto de leyes, sino que la relación entre uno y otro no se ha establecido de manera clara por los operadores jurídicos del país. La ausencia de un verdadero estatuto de derecho internacional privado ha contribuido sin duda al problema[11].

Dentro de la disciplina del derecho internacional privado, el análisis del conflicto de jurisdicciones y el de conflicto de leyes son ejercicios separados y autónomos. El primero de ellos, que consiste en determinar cuál es el juez que tiene jurisdicción (y competencia) para decidir un asunto, se realiza con base en normas internas de carácter Constitucional y otras de rango legal y naturaleza procesal. El análisis es siempre unilateral, es decir, los

11. Existencia de un estatuto anticuado y unilateral en los arts. 19 y 21 del Código Civil y 869 del Código de Comercio.

jueces se pronuncian sobre su propia jurisdicción y no sobre la de jueces extranjeros.

Una vez establecida la jurisdicción por el juez, éste aplica sus propias reglas de conflicto para establecer cuál es la ley sustantiva aplicable al fondo de la controversia[12]. En este caso el análisis es bilateral, es decir, la conclusión del juez puede ser que debe aplicar la ley sustantiva del foro o, si su regla de conflicto así lo señala, la de un foro extranjero.

Resulta discutible, por lo menos en sistemas procesales de raigambre europea continental, que sea la ley aplicable al contrato la que determina la jurisdicción de quien debe resolver la controversia. Ninguna disposición en Colombia señala que solamente los jueces colombianos puedan resolver controversias en las que el legislador colombiano señale como aplicable la ley sustantiva del país.

En este caso particular el Tribunal de Arbitraje Colombiano, tal como se describió en el número 1.2 arriba, quiso establecer su jurisdicción a partir de una norma referente a la ley aplicable al caso.

Si tenemos en cuenta el breve análisis que se acaba de hacer sobre la relación entre jurisdicción competente y ley aplicable en el marco del derecho internacional privado, el razonamiento del Tribunal de Arbitraje Colombiano resulta por completo ajeno a derecho. Aun en el supuesto de que los Contratos se denominaran contratos de agencia mercantil y que las partes aceptaran que a ellos se les debía aplicar la ley colombiana, de ello no se sigue que la solución de la controversia sea de conocimiento exclusivo de los jueces colombianos y, menos, de los tribunales de arbitraje con sede en Colombia.

12. Loussouarn, Yovon, Bourel, Pierre y de Vareiles-Sommières, Pascal. Droit International privé. 8ème edition. Dalloz, Paris, 2004. p. 12.

De acuerdo con lo anterior, uno de los legados del Caso Merck es una situación ambigua e incierta sobre cuál es la relación entre el conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes. El derecho internacional privado indica que se trata de disciplinas separadas y autónomas, y que el primero precede al segundo. En este caso, sin embargo, se estableció la jurisdicción de un tribunal a partir de una norma relativa a la ley aplicable al contrato, y ello bajo el argumento de que cuando la norma se refirió a la ley colombiana, no distinguió entre la ley sustancial y la ley procesal. Desde luego, tratándose de disciplinas separadas, no tenía que hacerlo. Una regla sobre conflicto de leyes no debe confundirse con una regla atributiva de jurisdicción. Por otra parte, aun si se entendiera que la expresión "ley colombiana" incluye la ley procesal, en parte alguna dispone la ley procesal colombiana que la competencia para decidir casos relativos a la agencia mercantil sea exclusiva de los jueces colombianos.

Finalmente debemos señalar que este análisis es ajeno a un escenario arbitral. Como se explicará más adelante, el principio del derecho internacional privado según el cual cada juez establece su jurisdicción y competencia de acuerdo con su propia ley y, luego, aplica su propia regla de conflicto, es reemplazado en el arbitraje por aquel según el cual el tribunal de arbitraje designado por las partes es quien debe resolver sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz)* con fundamento en el pacto arbitral y establecer, de acuerdo con las normas que resulten aplicables, cuál es la ley sustantiva a la luz de la cual se debe resolver la controversia.

2.2 La fuente de la competencia de los árbitros

El Caso Merck tuvo un ingrediente adicional que lo hace atípico dentro del arbitraje. El Tribunal de Arbitraje Colombiano no solamente tomó una decisión a partir de una supuesta ineficacia parcial de las cláusulas arbitrales, sino que basó la ineficacia en el tipo de controversia que era planteada por

Tecnoquímicas, y en supuestos defectos de los pactos arbitrales. Al tratar de señalar que, por tratarse de una controversia relativa a la existencia de un contrato de agencia mercantil ésta debía ser resuelta por un tribunal de arbitramento con sede en Colombia, el Tribunal de Arbitraje Colombiano dijo, ni más ni menos, que su competencia no derivaba de las Cláusulas Arbitrales, sino de las pretensiones de la demanda.

Esta postura es atípica por varias razones. En primer lugar, se aparta del principio según el cual un tribunal de arbitraje no tiene más competencia que aquella que lícitamente le otorguen las partes en el pacto arbitral. En segundo lugar, so pretexto de preservar la voluntad de las partes de someter sus diferencias a arbitraje, al Tribunal de Arbitraje Colombiano deja sin efecto todo el acuerdo de las partes, salvo la voluntad de someterse a arbitraje, y "crea" un nuevo pacto arbitral totalmente extraño al querer de las partes expresado en el acuerdo original de arbitraje. En tercer lugar, para efectos de asumir competencia califica la relación jurídica subyacente como agencia comercial –aunque intenta argumentar que no hay tal calificación– con lo cual plantea un dilema obvio. Si el Tribunal Colombiano es competente, tiene jurisdicción porque se pide la declaratoria de una agencia mercantil, ¿qué sucede si se concluye al final del debate probatorio que no hay agencia? ¿Revive entonces el pacto original de arbitraje y el Tribunal de Arbitraje Colombiano pierde competencia? En cuarto lugar, si los pactos arbitrales carecían de validez, según el raciocinio del Tribunal de Arbitraje Colombiano, tendría entonces que haberse remitido el caso al juez ordinario que tuviere jurisdicción para conocer del mismo – el juez colombiano según el raciocinio del Tribunal de Arbitraje Colombiano- y no a un tribunal arbitral surgido de una interpretación que desconocía de manera casi grosera el querer de las partes pactado en los acuerdos de arbitraje.

Por último, la decisión del Tribunal de Arbitraje Colombiano implicaba una ampliación del ámbito de aplicación del artículo 1328 del Código de Comercio. Pese a que la citada

norma se refiere al derecho sustancial aplicable al fondo de la controversia, el Tribunal de Arbitraje Colombiano extiende su alcance y señala que la referencia a la ley colombiana del artículo 1328 estado incluye tanto la ley sustantiva como la procesal. De allí concluye que solo al juez colombiano puede pronunciarse sobre conflictos relativos a agencia mercantil que se ejecutan en Colombia y que, en el caso particular de los Contratos, por existir pacto arbitral, solamente un tribunal arbitral colombiano puede resolver la controversia.

2.3 Las funciones de los centros de arbitraje y la etapa prearbitral

Es necesario anotar que bajo la ley colombiana en la época del Caso Merck, los centros de arbitraje administraban la etapa prearbitral de la siguiente manera[13]:(i) admitían la convocatoria; (ii) notificaban a la parte demandada que tenía un determinado plazo para contestar; (iii) atendían una audiencia de conciliación entre las partes; (iv) administraban el nombramiento de los árbitros, ya fuera realizado de común acuerdo por las partes o por el centro mismo, según su reglamento; y (v) entregaban el expediente a los árbitros, para que éstos instalaran el tribunal, se pronunciaran sobre su competencia y, si era el caso, adelantaran el procedimiento arbitral hasta su finalización. En la ley colombiana, no era claro si dichas facultades eran de naturaleza administrativa o judicial. En el Caso Merck, como se vio, este debate adquirió gran importancia[14].

13. Artículo 121 de la ley 446 de 1998.
14. Al resolver la acción de tutela interpuesta por las Compañías Merck, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente, en relación con la naturaleza de las funciones que ejerce un centro de arbitraje:

> *"Aún si se aceptare, en gracia de discusión, que el director de un Centro de arbitraje no estuviere revestido de poder jurisdiccional alguno, el ejercicio de la función pública encomendada a él, unido a la circunstancia de que según la ley es el competente para decidir los recursos de reposición dirigidos contra sus propios actos, por sí sola obligaría a que se resolviera de fondo esta suerte de peticiones, claro está, descontando que se hubiere dado cumplimiento a los requisitos de ley (1) y, siempre que, para resolverlos, no se requiriera exceder el ámbito de su propia competencia (2).15"*

2.4 La tutela y el arbitraje

Uno de los efectos más notorios que tuvo el Caso Merck en relación con el arbitraje en Colombia fue el de abrir la puerta para la utilización de la acción de tutela como un instrumento para intervenir en los procesos arbitrales. Este es un mecanismo constitucional que se utiliza en ausencia de otro medio efectivo de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales de las personas, sean ellas naturales o jurídicas.

En el Caso Merck la acción de tutela no se interpuso contra la actuación del tribunal de arbitramento como tal, sino contra el centro de arbitraje. Tampoco se utilizó en busca de que el juez de tutela adoptara una medida de fondo en relación con el proceso arbitral sino, únicamente, para obligar a que un centro de arbitraje adoptara, según su propio criterio sustantivo, una decisión que se negaba a tomar. Más adelante se verá cómo la acción de tutela ha incursionado en el arbitraje en Colombia un alcance mucho mayor, hasta el punto de haberse convertido en un mecanismo alternativo de impugnación del laudo arbitral.

"*La hipótesis normal, cuando quiera que en un procedimiento establecido por la ley - así en este caso la actuación se refiera a la etapa prearbitral -, se contempla el recurso de reposición contra un determinado acto dictado por la autoridad que lo conduce, no es la de que esta última no disponga de poder jurídico suficiente para examinarlo de nuevo y, a la luz de los argumentos de hecho y de derecho expuestos, proceda a ratificarlo, reformarlo, revocarlo, modificarlo, aclararlo o adicionarlo. Sería en verdad contradictorio consagrar el recurso, pero recortar el poder de la autoridad para resolverlo, puesto que su finalidad se encamina a que se pongan de relieve los errores cometidos y que estos puedan ser corregidos. Este objetivo depurador de todo recurso presupone que el autor del acto contra el que se eleva la petición de reposición, tenga plena capacidad para enderezar la actuación. No es concebible que un ordenamiento que busque preservar la validez de los actos que emanan de sus órganos, a la vez que ofrece oportunidades para solicitar el remedio a la ilegalidad, reduzca a las autoridades las posibilidades efectivas de ordenar el restablecimiento del derecho objetivo conculcado.*"

Los argumentos expuestos sirvieron de base para resolver el caso y ordenar al Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que resolviera el recurso de reposición interpuesto por las Compañías Merck. Quedaba todavía cubierto por un manto de incertidumbre el debate sobre la naturaleza de las funciones que ejercían los centros de arbitraje durante la etapa prearbitral.

2.5 El derecho aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales

Colombia aprobó la "Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958 (la "Convención de Nueva York") mediante la ley 37 de 1979. Luego de que ésta fuera declarada inconstitucional por vicios de forma en el trámite de la ley aprobatoria[15], se expidió la ley 39 de 1990 en su reemplazo. La Corte Suprema de Justicia, juez responsable del reconocimiento de los laudos extranjeros en el país, fijó en 1994 la que sería su posición frente a la aplicación de la Convención de Nueva York. En efecto, decidió una solicitud de exequátur de un laudo extranjero, revisó las causales de denegación de reconocimiento previstas en la Convención de Nueva York, pero también revisó las establecidas en el Código de Procedimiento Civil y estimó que unas y otras aplicaban de manera acumulativa. En la medida que el laudo fue reconocido, la controversia que siguió al fallo fue breve.

En 1996 se expidió la Ley de Arbitraje Internacional y en ella se estableció claramente la prelación de los tratados internacionales sobre el Código de Procedimiento Civil[16]. Esta disposición, unida a una simple aplicación de principios referentes a la aplicación de la ley en el tiempo o a una interpretación básica de los efectos de las convenciones internacionales, ha debido dejar claro que las causales para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero en Colombia son únicamente aquellas previstas en los tratados internacionales suscritos por Colombia y, en este caso, la Convención de Nueva York. Ello se desprende de lo dispuesto en el artículo V de la misma[17]. Sin embargo, en

15. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de octubre de 1988, Sala Plena.
16. Ley 315 de 1996. "*Artículo 2°. Normativa aplicable al arbitraje internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. (...)*" (subrayas fuera del texto original).
17. Artículo V de la Convención de Nueva York: "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:" (...) (subrayas fuera de texto original).

el caso Merck la Corte Suprema de Justicia mantuvo su tesis de la acumulación de causales, añadiendo a las del artículo V de la Convención de Nueva York las previstas en el artículo 694[18] del Código de Procedimiento Civil, llegando a él por la remisión que hace el artículo 695, numeral 2, del mismo código, norma que se refiere al trámite del exequátur[19].

Por esta vía la Corte consideró que existen tres circunstancias que impiden el reconocimiento de un laudo extranjero en Colombia que son adicionales a las previstas en la Convención de Nueva York (las previstas en los numerales 1.3 y 4 del Código de Procedimiento Civil), sin tener en cuenta que ésta última exige que se apliquen únicamente las allí previstas y que la Ley de Arbitraje Internacional establece la prevalencia de la

18. "**Artículo 694.- Requisitos.** Para que la sentencia o el laudo extranjero surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.
2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.
3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.
4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.
5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.
6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.
7. Que se cumpla el requisito del exequátur."

19. "**Artículo 695.- Trámite del *exequátur*.** La demanda sobre exequátur de una sentencia o laudo extranjero, con el fin de que produzca efectos en Colombia, se presentará por el interesado a la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro juez, y ante ella deberá citarse a la parte afectada por la sentencia o el laudo, si hubiere sido dictado en proceso contencioso.

Cuando la sentencia o el laudo no esté en castellano, se presentará con la copia del original su traducción en legal forma.

Para el exequátur se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. En la demanda deberán pedirse las pruebas que se consideren pertinentes.
2. La corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1. a 4. del artículo precedente; si advierte deficiencia en la prueba de la existencia o de la representación del demandante o de la persona que en aquélla se cita, dará aplicación a lo dispuesto en el inciso final de artículo 85. (...)"

Convención de Nueva York sobre el Código de Procedimiento Civil.

2.6 El papel de la sede del arbitraje

Para la fecha en que se resolvió el Caso Merck, el papel de la sede del arbitraje no había sido estudiado por las autoridades judiciales colombianas. En este caso particular la Corte Suprema de Justicia debió definir la ley aplicable para determinar la naturaleza de una decisión tomada por un árbitro, en un arbitraje con sede en Newark, Nueva Jersey, decisión que el árbitro denominó "*interim* award" y que fue presentada ante la Corte como un laudo parcial. Ninguna consideración tuvo la Corte por el literal "d)" del numeral 1°, del artículo V de la Convención de Nueva York, el cual establece como causal de denegación del reconocimiento del laudo arbitral, el que el procedimiento arbitral no se haya llevado a cabo de acuerdo con el acuerdo de las partes al respecto o, en su defecto, de acuerdo con la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje. Al tratarse de una circunstancia de naturaleza procesal, la naturaleza del laudo parcial debió establecerse a partir de las normas pactadas por las partes (en este caso el reglamento de la CCI) o, en su defecto, de la *lex arbitri* y no del "espíritu" de la Convención de Nueva York o del texto de la ley colombiana.

La Corte Suprema de Justicia rechazó este argumento, diciendo que la autoridad de una sentencia arbitral extranjera no es un asunto procesal que deba resolverse a la luz de la ley de la sede del arbitraje[20]. Para llegar a esta conclusión consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York no era la norma dentro de ese instrumento internacional que establecía cuáles eran las providencias que podían, o no, ser objeto de reconocimiento y ejecución en un estado distinto. No especificó, sin

20. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil y Agraria. Decisión del primero (1°) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Expediente E-7474. Magistrado ponente, Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

embargo, seguramente porque no lo consideró necesario para resolver el asunto, cuál era el papel que la sede del arbitraje debía jugar en el arbitraje internacional.

2.7 Los laudos parciales

En materia de laudos parciales el presente artículo ha descrito en forma detallada cuál es el marco jurídico que sirvió para resolver el caso de Merck. La Corte Suprema de Justicia determinó que la naturaleza de las decisiones dictadas por tribunales arbitrales extranjeros cuyo reconocimiento y ejecución puede solicitarse en Colombia debe establecerse a la luz del "espíritu" de la Convención de Nueva York y de lo dispuesto en la ley colombiana. De acuerdo con la Corte, estos criterios indican que solamente los laudos definitivos, es decir, los que resuelven en el fondo la totalidad de la controversia, pueden ostentar el carácter de sentencias arbitrales extranjeras para efectos de ser reconocidas y ejecutadas en el país.

2.8 El arbitraje internacional en los contratos de agencia mercantil

El Tribunal de Arbitramento, al tener por ineficaz la parte de las Cláusulas Arbitrales que establecía la sede del mismo, concluyó que solamente tribunales cuya sede estuviera en Colombia podían resolver sobre cuestiones relativas al contrato de agencia mercantil. Esta conclusión se derivó, como se explicó anteriormente, de la aplicación del artículo 1328 del Código de Comercio, el cual establece que todo contrato de agencia mercantil se rige por la ley colombiana.

Como se advirtió antes, en el Caso Merck los contratos no se denominaron ni, por lo menos en opinión de Merck, eran de agencia mercantil. Éste era precisamente el objeto de la controversia. Cabe preguntarse, entonces, si el alcance de la decisión

del Tribunal de Arbitraje Colombiano se limita a los contratos de agencia mercantil, o si incluye cualquier controversia sobre si un contrato es o no de agencia mercantil, independientemente del resultado de la controversia.

2.9 *Lis pendens* y el arbitraje internacional

Uno de los pronunciamientos más complejos hechos a raíz del Caso Merck pasó relativamente desapercibido cuando el asunto finalmente se resolvió. Este tiene que ver con la litispendencia internacional y el arbitraje comercial. La Corte Suprema de Justicia, en su primer pronunciamiento sobre la posibilidad de reconocimiento del laudo parcial sobre competencia en Colombia, sostuvo lo siguiente:

> "En efecto, si las partes que supuestamente han convenido resolver su diferencia mediante arbitramento en el extranjero, difieren en su procedencia, en cuanto unos insisten en que debe ser el Tribunal de Arbitramento extranjero el competente, y otros en que debe serlo la jurisdicción colombiana, promoviendo ambos procesos en el exterior y en Colombia, lo pertinente es que dichos aspectos de competencia sean alegados por los demandados separadamente en cada uno de ellos con los riesgos pertinentes. Porque, en tal evento, a la parte demandada en el extranjero e interesada en su adelantamiento en Colombia le corresponde aducir en el proceso arbitral promovido en el extranjero, lo concerniente a la competencia privativa de la jurisdicción colombiana para conocer del asunto, en tanto que a la otra parte interesada en que el adelantamiento del proceso sea en el extranjero le correspondería alegar en el proceso colombiano la excepción correspondiente de cláusula compromisoria o arbitral, a <u>fin de que la decisión, positiva o negativa, que tome el juez colombiano sea la que prevalezca</u>, sin perjuicio, desde luego, de los recursos ordinarios o extraordinarios y medios de defensa que, de acuerdo al orden jurídico colombiano, existan contra ella. En todo caso dicha prevalencia obedece al carácter de orden público e impera-

tivo de las normas procesales, y al principio general de la territorialidad de estas últimas. De esta manera entonces debe resolverse la situación de competencia que eventualmente pueda plantearse, porque será la decisión en materia de competencia que profiera el juez colombiano la que prevalezca, sin que para ello sea preciso la intervención de un exequátur en dicho punto." (Subrayado fuera del texto original).

El pronunciamiento trascrito pareciera redactado para un evento de litispendencia internacional entre dos jueces estatales. Sin embargo, se hizo a raíz de un caso arbitral, lo cual complica seriamente el asunto. Ya se ha dicho a lo largo del presente artículo que, según los principios y reglas que gobiernan el arbitraje comercial internacional en Colombia y en las convenciones internacionales, es el tribunal previsto en la cláusula arbitral el que debe pronunciarse sobre su propia competencia (y no, como ocurrió en el Caso Merck, un tribunal arbitral diferente) y esta decisión debe ser respetada por los jueces. Este es el alcance de lo dispuesto en el artículo II, numeral 3° de la Convención de Nueva York:

"3. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

Establecida *prima facie* la validez del pacto arbitral por el juez, éste debe remitir a las partes al arbitraje previsto en la cláusula. Esto significa que, salvo que *prima facie* el juez establezca la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula arbitral, debe remitir a las partes al arbitraje previsto en el pacto arbitral.

En el Caso Merck, la Corte Suprema de Justicia argumentó la improcedencia del reconocimiento del laudo parcial no solamente porque en su criterio no era un laudo propiamente dicho, sino porque en materia de litispendencia internacional habría

que estarse por lo resuelto por el juez colombiano que conozca del proceso respectivo. Esto sería admisible, a nuestro juicio, si se tratara de un caso de litigios paralelos ante jueces estatales[21]. Pero resulta inadmisible aplicar el mismo principio a un caso como este porque, sencillamente, la norma no supone la existencia de procesos arbitrales paralelos, dado que el pacto arbitral es uno solo. En materia de arbitraje el tema de la litispendencia, entendida como la posibilidad de procesos arbitrales paralelos, es inexistente. El tema de fondo en el campo del arbitraje es el de *kompetenz-kompetenz,* por lo que la prioridad dada por la Corte Suprema de Justicia al juez doméstico en el caso de litispendencia entre jueces estatales, corresponde dársela al tribunal de arbitramento previsto en el pacto arbitral cuando se trata de un conflicto en el marco de un pacto arbitral. La Corte Suprema de Justicia se rehusó a hacerlo y optó por favorecer la decisión de un tribunal de arbitramento constituido en Colombia, en claro desconocimiento de lo dispuesto por el pacto arbitral.

3. La evolución del arbitraje comercial internacional colombiano desde Merck hasta hoy

El marco jurídico que se desprende del análisis hecho en el punto anterior ha sufrido algunas modificaciones durante la década que ha trascurrido desde el Caso Merck. A continuación se señalarán aquellos campos del arbitraje señalados en el punto anterior que han sufrido cambios a lo largo de los últimos años y se explicará en qué forman han evolucionado hasta hoy.

21. El artículo 694, numeral 5° del código de procedimiento civil establece que el *exequátur* de una sentencia extranjera será negado cuando en Colombia exista un proceso sobre el mismo asunto.

3.1 Las funciones de los centros de arbitraje y la etapa prearbitral

Este tema fue objeto de un nuevo pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional colombiana[22] en el cual se definió la naturaleza jurisdiccional de la llamada etapa prearbitral y se concluyó que las normas respectivas eran contrarias a la Constitución Nacional. Dijo la Corte:

> "Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales."

Con base en la consideración trascrita, la Corte estimó que las funciones asignadas a los centros de arbitraje durante la etapa prearbitral eran de naturaleza judicial y, por lo tanto, debían ser ejercidas por el tribunal arbitral, una vez se hubiera constituido.

Si esta interpretación de la ley hubiera estado vigente al momento de ocurrir el Caso Merck, el Tribunal de Arbitramento Colombiano hubiera logrado mantener su jurisdicción y decidir el caso, generando el problema de litigios arbitrales paralelos que se analizó anteriormente.

Esta es hoy la situación del derecho colombiano en materia de facultades de los centros de arbitraje. La Corte Constitucional determinó que son los árbitros quienes deben pronunciarse sobre la procedencia de la demanda, lo que indirectamente implica que son ellos quienes se pronuncian, además, sobre la admisibilidad *prima* facie del pacto arbitral, quitando esta posibilidad a los centros de arbitraje.

22. Corte Constitucional. Sentencia C-1038-02 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

3.2 La tutela y el arbitraje

El Caso Merck fue uno de los pioneros en materia de utilización de la acción de tutela en torno a procesos arbitrales. Desde entonces la acción de tutela ha jugado un papel cada vez más activo en el campo del arbitraje, hasta el punto de que hoy existe una doctrina Constitucional sobre procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Esta doctrina, en síntesis, dispone que la acción de tutela proceda contra laudos arbitrales en uno de cuatro eventos[23]:

(i) Vía de hecho por defecto sustantivo, la cual se configura cuando se utiliza un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición, cuando la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto, o cuando la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable.

(ii) Vía de hecho por defecto orgánico, la cual se presenta cuando se da el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular, es decir, cuando un funcionario ejerce una competencia que la ley no le asigna.

(iii) Vía de hecho por defecto procedimental, cuando la actuación ocurre por fuera del procedimiento establecido. Se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo y conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo.

(iv) Vía de hecho por defecto fáctico, la cual se configura mediante la aplicación del derecho sin contar con el

23. Corte Constitucional. Sentencia SU-0174-07 del catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007). Magistrado ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

> apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal, o en otras palabras, cuando "resulte incuestionable que el juez no tiene el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión". Ha explicado la Corte que "los defectos fácticos pueden agruparse en dos clases. La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución".

Las anteriores casuales de procedencia de la tutela contra laudos arbitrales claramente pueden llegar a requerir un estudio de la argumentación utilizada por un tribunal de arbitramento para decidir el fondo del caso. La conclusión a que conduce esta doctrina constitucional es que la acción de tutela en Colombia lo que ha hecho es ampliar las posibilidades de cuestionamiento de laudos arbitrales, en algunos casos permitiendo que el juez constitucional evalúe los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento a la decisión arbitral.

Recientemente[24] la Corte Constitucional anuló un laudo arbitral en una decisión que confirma que la acción de tutela ha ampliado el campo para cuestionar decisiones arbitrales. Se trataba de un laudo respecto del cual se encontraba en curso el recurso de anulación y, a pesar de ello, la Corte Constitucional decidió conocer del asunto, con el siguiente argumento:

> "Entonces, queda claro que en el presente caso el recurso de anulación no es idóneo para obtener la protección constitucional invocada, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia, y a su

24. Corte Constitucional. Sentencia T-058 DE 2009 del dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009). Magistrado ponente, Dr. Jaime Araujo Rentería.

vez, a las alegadas por el interesado. En esta medida, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P." (Subrayado fuera del texto original)

El aparte trascrito es claro en determinar que la acción de tutela es un mecanismo para cuestionar laudos arbitrales que es adicional al recurso de anulación, el cual la Corte encontró excesivamente restringido:

> "Es decir, las facultades del juez de la jurisdicción administrativa son muy restringidas si se compara con las facultades del juez constitucional para determinar y decidir sobre la afectación de derechos fundamentales en estos casos."

Con base en este argumento sobre la procedibilidad de la acción de tutela la Corte Constitucional anuló el laudo arbitral, luego de encontrar que el tribunal había interpretado de manera errada las facultades de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y algunos actos administrativos expedidos por ella. Esta posición de la Corte sugiere que la acción de tutela en el arbitraje en Colombia ha pasado de ser, como lo fue en el Caso Merck, un instrumento para la protección del derecho al debido proceso, a constituir un recurso adicional contra el laudo arbitral.

3.3 El derecho aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales

Recientemente la Corte Suprema de Justicia tomó una decisión que implicaba adoptar una postura sobre cuáles son las causales que en Colombia pueden dar lugar a la denegación del *exequátur* de un laudo arbitral extranjero[25]. Admitida la demanda

25. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Diecinueve (19) de mayo de dos mil nueve (2009). Expediente 1100102030002008-01760-00. Solicitud de *exequátur* de Drummond Ltd. Contra la NACIÓN-Ministerio de Transporte- y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. –FENOCO–.

de *exequátur* que se interpuso contra un laudo arbitral, la parte demandada recurrió al auto admisorio sobre la base de que la demanda debía rechazarse por no cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 695 del Código de Procedimiento Civil. Dos de los requisitos que se consideraban omitidos consistían en que se consideraban violados los numerales 1° y 2°, del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, a los cuales remite al artículo 695. Estos dos requisitos son los siguientes:

> "1. Que no verse (el laudo) sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió;
>
> y
>
> "2. Que no se oponga (el laudo) a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento."

Estos requisitos son ajenos a lo dispuesto en la Convención de Nueva York y, por lo tanto, en cumplimiento del artículo V de la misma, la Corte Suprema de Justicia ha debido señalar que no pueden tenerse en cuenta para efectos de decidir si se concede o no el *exequátur*. De la misma manera, la Corte ha debido decir que supeditar la admisión de la demanda de *exequátur* al cumplimiento de esos dos requisitos equivale a exigir su cumplimiento para efectos de conceder el *exequátur* y, por lo tanto, no procede el estudio de la alegación presentada por la demandada.

La Corte, sin embargo, tomó otro camino. A lo largo de la providencia analizó cada una de las condiciones que el recurrente había considerado violadas y luego concluyó que no existía tal violación. Esta postura reafirma la infortunada tesis de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil Colombiano para denegar el *exequátur*, por lo menos aquellas cuyo cumplimiento aparece como requisito para la admisión de la demanda de *exequátur*, continúan vigentes. Esto, a pesar de que Colombia

sea parte de la Convención de Nueva York, cuyo artículo V limita la posibilidad de negar el *exequátur* a cinco causales que deben ser invocadas a instancia de parte y dos que pueden ser declaradas de oficio por el juez de reconocimiento.

3.4 El papel de la sede del arbitraje

Los tribunales colombianos únicamente han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el papel de la sede del arbitraje en una ocasión adicional, después del Caso Merck. En el caso de Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVIAS– vs. Drummond Ltd., el Consejo de Estado admitió un recurso de anulación contra un laudo parcial dictado por un tribunal cuya sede era París, Francia. Drummond Ltd. inició un incidente de nulidad en contra de la actuación que produjo la admisión del recurso de anulación de un laudo proferido por fuera de Colombia, y el Consejo de Estado anuló la actuación, con la siguiente argumentación[26]:

> "Olvida la parte recurrente que la definición de la sede del arbitraje, efectuada por las partes en el pacto, no es un asunto accidental ya que determina, entre otros aspectos, la interacción de las cortes del lugar con el tribunal, en particular, en cuanto a la posibilidad de anulación del laudo arbitral, de acuerdo con las causales y el procedimiento de su legislación. En conclusión, al haberse pactado en la cláusula arbitral que las controversias se someterían a un tribunal organizado según las reglas del Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de París, que esa ciudad fue la sede del arbitraje y que los árbitros señalaron que la lex arbitri sería el derecho francés, el conocimiento del recurso de anulación propuesto en su contra, no es competencia del Consejo de Estado Colombiano".

26. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00034-01(25261). Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS-FERROVIAS.

Este pronunciamiento deja claro que el Consejo de Estado colombiano atribuyó a la sede del arbitraje los efectos que normalmente se asocian con ella. Dijo que el recurso de anulación se sometería a las cortes del lugar de la sede y que serían las cortes de ese país, las que podrían interactuar con el tribunal arbitral. Nada se dijo, porque no era materia de discusión, si la ley de la sede es la que debe determinar la naturaleza de una decisión arbitral para efectos de su reconocimiento en un país extranjero.

3.5 Los laudos parciales

La misma decisión discutida en el punto anterior trató, tangencialmente, el tema de los laudos parciales. El laudo contra el cual FERROVIAS interpuso recurso de anulación ante el Consejo de Estado era un laudo parcial. En la medida que la discusión se centró sobre la procedencia del recurso de anulación contra laudos proferidos por tribunales cuya sede queda fuera de Colombia, no se entró a fondo en la discusión sobre la procedencia del recurso de anulación contra un laudo parcial. Sin embargo, el Consejo de Estado alcanzó a afirmar lo siguiente sobre el tema:

> "(...) III. Por último, la sala advierte que, en el presente caso, el recurso de anulación que se formuló ante esta sección, lo fue contra un laudo arbitral parcial (que el recurrente denominó preliminar), proferido por un tribunal de arbitraje internacional[*] el 24 de junio de 2003, el cual decidió sobre las "cuestiones preliminares" planteadas en la demanda y en la contestación de la misma, esto es, las objeciones formuladas por las partes, la citación de las diferentes empresas demandadas (Ferrovías, Fenoco y Dragados) con ocasión de la cesión de que fue el objeto el contrato operacional de transporte que se celebró con Drummond Ltd., la solicitud de medidas provisionales y el rechazo de la demanda reconvencional introducida por Fenoco.
>
> "Posteriormente, se allegó al expediente copia del laudo final que profirió el mismo tribunal de arbitraje el 15 de julio del mismo año (fls. 815 a 862).

> "Resulta, por tanto, discutible que el laudo parcial cuya nulidad se pide sea impugnable en forma separada, ya que se trata de una providencia que se limitó a impulsar el respectivo trámite y que las decisiones de fondo de la controversia planteada están contenidas en el laudo final." (Subrayas fuera del texto original)

En esta decisión el Consejo de Estado se abstiene de pronunciarse de fondo sobre la procedencia del recurso de anulación en contra de laudos parciales, discusión que es análoga a la que se dio en la Corte Suprema de Justicia en el Caso Merck con ocasión de la solicitud de reconocimiento de los mismos. Si bien se trata de tribunales diferentes y en un caso se trata del recurso de anulación y en el otro del procedimiento para el reconocimiento y posterior ejecución del laudo, la doctrina en Colombia sobre la naturaleza de los laudos parciales debería ser uniforme para los casos de anulación y reconocimiento. El hecho que el Consejo de Estado haya planteado este tema como una duda, en lugar de tomar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el Caso Merck, permitiría suponer que el alto tribunal está dispuesto a estudiar el tema en un futuro.

La discusión del tema en sede de anulación (por parte del Consejo de Estado o de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, que es el juez de anulación en los casos de arbitrajes entre partes privadas) sería similar a la que se dio ante la Corte Suprema de Justicia en sede de reconocimiento, pero tendría un ingrediente que podría hacer que la uniformidad deseable en esta materia no se produjera fácilmente: la *lex arbitri*, que es la que debería determinar la naturaleza del laudo parcial, es diferente en uno y otro caso. Para efectos del recurso de anulación la *lex arbitri* es siempre la ley colombiana, pues los recursos de anulación que se tramitan ante los jueces colombianos son exclusivamente aquellos referentes a laudos proferidos por tribunales arbitrales cuya sede es Colombia. En el caso de reconocimiento, debería ser la ley de la sede del tribunal en el extranjero. Este tema continúa pendiente de solución por las autoridades judiciales colombianas y será interesante ver si esta dicotomía de alguna manera les

impide llegar a la conclusión de que la *lex arbitri* debe determinar la naturaleza de la decisión y no el "espíritu" de la Convención de Nueva York o la ley colombiana.

3.6 El arbitraje internacional en los contratos de agencia mercantil

Una de las preguntas más significativas que surge del Caso Merck es si, en efecto, puede pactarse arbitraje internacional en contratos de agencia mercantil o que pudieran ser clasificados como tales. El Tribunal de Arbitraje Colombiano dio a entender que no, acudiendo al artículo 1328 del Código de Comercio colombiano. Esta interpretación, de haber hecho carrera, habría puesto en peligro la posibilidad de someter a arbitraje las controversias de la mayoría de contratos de intermediación mercantil.

Este tema por si solo, es suficiente para un escrito independiente. Por ahora bastaría decir que hoy día se continúa pactando, de la misma manera que se había hecho en el Caso Merck. Muchos intermediarios que pretenden que se les declare agentes, posiblemente en un intento por evitar las controversias que surgieron en torno al Caso Merck, han decidido presentar sus reclamaciones ante la justicia ordinaria, argumentando la existencia de una agencia comercial de hecho, al margen de la relación contractual que los une con el empresario. En la práctica el arbitraje internacional como tal continúa vigente para los contratos de intermediación mercantil, así ellos sean o corran el riesgo de ser clasificados como contratos de agencia mercantil.

4. Conclusión

El Caso Merck fue uno de los primeros casos de arbitraje comercial internacional que perneó el sistema jurídico colombiano en varias de sus instancias. Las decisiones que adoptaron las Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de

Colombia, así como el Tribunal de Arbitraje Colombiano y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá han tenido grandes repercusiones en el mapa jurídico del arbitraje comercial internacional en el país.

Hoy, algunas cosas siguen igual y otras han cambiado. Persiste la incertidumbre sobre cuáles son las causales de denegación de un *exequátur* que aplicará la Corte Suprema de Justicia y si ésta insistirá en que las contenidas en Código de Procedimiento Civil deben acumularse con las que establece la Convención de Nueva York. La acción de tutela se ha convertido en un actor importante en el mundo del arbitraje, hasta el punto que podemos afirmar que los tribunales internacionales cuya sede sea Colombia pueden quedar expuestos a la intervención o, inclusive, a la anulación del laudo por parte de un juez de tutela. Los laudos parciales siguen siendo, a la luz de los jueces de anulación y reconocimiento en Colombia, meras órdenes de procedimiento que no pueden reconocerse o anularse. La solución de controversias en los contratos de intermediación mercantil continúa incierta y genera, por lo general, procesos distintos (uno con base en el contrato y otro sobre una supuesta agencia de hecho) sobre una misma relación jurídica. Estos motivos de incertidumbre, muchos de ellos atribuibles a las decisiones que se produjeron en el Caso Merck tomarán, para resolverse, más de la década que ha transcurrido desde entonces.

* Cabe precisar que el laudo recurrido no fue proferido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), como se dijo en el auto suplicado. En efecto, dicha Corte no es un "tribunal" en el sentido tradicional del término. Su misión es la de asegurar la aplicación del reglamento de arbitraje de la CCI. La Corte no resuelve por sí misma las controversias sometidas a arbitraje, función que corresponde a los árbitros nombrados de acuerdo con el Reglamento, sino que supervisa el procedimiento. La Corte nombra los árbitros o confirma aquellos designados por las partes, se pronuncia sobre la admisibilidad o no de la demanda, la recusación de los árbitros, examina y aprueba los laudos arbitrales y fija los honorarios de los árbitros. (Veánse, apéndices I y II del Reglamento de arbitraje de la CCI).

50 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: IMPLICANCIAS PARA AMÉRICA LATINA

Jonathan C. Hamilton*

El año 2008 marcó el 50° aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante la "Convención de Nueva York").[1] El presente artículo explica cómo el marco jurídico del arbitraje comercial en América Latina ha evolucionado durante este período, y compara la Convención de Nueva York con la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (la "Convención de Panamá").[2] Este artículo también discute la aplicación de las Convenciones de Nueva York y Panamá en jurisdicciones de la región y las implicancias para América Latina de una propuesta para modificar la Convención de Nueva York.

I. Tratados De Arbitraje Internacional

En el contexto del arbitraje comercial internacional en América Latina existen dos principales tratados que actualmente han sido ratificados por casi todos los países de América Latina: la Convención de Nueva York y la Convención de

* Socio, White & Case LLP, Washington, D.C.; Presidente de la Iniciativa para las Américas del Institute for Transnational Arbitration (ITA). Este artículo está basado en parte en una presentación realizada por el autor en el Seminario Internacional de la Nueva Ley de Arbitraje realizado en Lima, Perú, en agosto de 2008.

1. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio de 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38.
2. Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 30 de enero de 1975, 1438 U.N.T.S. 245.

Panamá.[3] El Apéndice A contiene una sinopsis de la ratificación de estas convenciones por países de América Latina.[4]

La Convención de Nueva York no fue inmediatamente aceptada por los países de América Latina después de su origen en el año 1958. Tal como lo demuestra el Apéndice B, para su 25° aniversario en 1983, la Convención de Nueva York solamente había sido ratificada por seis países de América Latina.

En el mismo período, en un esfuerzo por promover el arbitraje comercial en la región, la Organización de Estados Americanos ("OEA") llevó a cabo su Primera Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado en la República de Panamá en 1975. Al final de la Conferencia, "deseosos de concluir una convención sobre arbitraje comercial internacional", los países de la OEA promulgaron la Convención de Panamá.

La Convención de Panamá significó un paso adelante hacia la aceptación del arbitraje comercial internacional en América Latina[5] Negociada durante varios años, ésta fue elaborada con

3. Adicionalmente a las Convenciones de Nueva York y Panamá, algunos países de América Latina también han ratificado otras convenciones regionales. Algunos ejemplos son la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (la "Convención de Montevideo") y el Protocolo de Las Leñas de 1992 adoptado por los países miembros del Mercado Común del Sur ("MERCOSUR").
4. El Apéndice A es un extracto del Compendio Sobre Arbitraje en América Latina. *Ver* Jonathan C. Hamilton, *The Compendium of Latin American Arbitration Law*, INT'L DISP. Q. (Verano 2009). El Compendio está basado en un análisis de diversas fuentes y solamente puede ser reproducido o traducido con atribución al autor. Este extracto se enfoca en arbitraje comercial en América Latina. Para un resumen sobre arbitraje de inversiones en América Latina, *ver* Jonathan C. Hamilton, *A Decade of Latin American Investment Arbitration*, LATIN AMERICAN INVESTMENT TREATY ARBITRATION: THE CONTROVERSIES AND CONFLICTS 69 (Mary H. Mourra & Thomas E. Carbonneau eds., 2008) (referente al arbitraje de inversiones en América Latina).
5. Una característica distintiva del arbitraje ha sido el marco de ejecución de tratados – algo que falta con respecto a la ejecución de sentencias de cortes extranjeras. Sin embargo, recientemente un país de América Latina (México) fue el primero en ratificar la Convención de la Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro ("Convención sobre Elección de Foro"). México ratificó la Convención en septiembre de 2007, la cual fue firmada por los Estados Unidos en enero de 2009 y por la Unión Europea en abril de 2009. A pesar de que previamente no había un marco general sobre tratados internacionales para el reconocimiento de sentencias de cortes, la Convención sobre Elección de Foro busca brindar certeza con respecto a la ejecución de sentencias de litigios. Intenta lograr esta meta exigiendo a los estados contratantes reconocer y ejecutar sentencias adoptadas por las cortes elegidas, salvo ciertas excepciones y en la medida que no otorguen a la parte afectada una compensación mayor que la de los daños efectivos. La adopción de la Convención de Elección de Foro por otros países de América Latina puede afectar la solución de controversias en la región.

posterioridad de la Convención de Nueva York. Un objetivo primordial de la Convención de Panamá fue el de corregir las deficiencias percibidas en las leyes de arbitraje domésticas de países de América Latina, estableciendo los requisitos para acuerdos arbitrales válidos, el procedimiento para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, y otros asuntos relacionados con el procedimiento arbitral. Como demuestran los Apéndices A y C,[6] la Convención de Panamá ha sido actualmente ratificada por un total de diecisiete países, incluyendo dieciséis países de América Latina y los Estados Unidos[7]. Sin embargo, no todos los países de América Latina han ratificado este tratado.

Mientras tanto, tal como se demuestra en los Apéndices A y C, la Convención de Nueva York ha sido actualmente ratificada por un total de 144 países, incluyendo diecinueve países de América Latina. En general, la ratificación de la Convención de Nueva York por los países de América Latina ha seguido el ritmo de ratificación de la Convención de Panamá – por ejemplo, en 1995, quince países de América Latina habían ratificado la Convención de Panamá, mientras que la Convención de Nueva York había sido adoptada por trece estados en la región.[8]

6. El Apéndice A es un extracto del Compendio Sobre Arbitraje en América Latina. *Ver* Jonathan C. Hamilton, *The Compendium of Latin American Arbitration Law*, INT'L DISP. Q. (Verano 2009). El Compendio está basado en un análisis de diversas fuentes y solamente puede ser reproducido o traducido con atribución al autor. Este ensayo se enfoca en arbitraje comercial en América Latina. Para un resumen sobre arbitraje de inversiones en América Latina, *ver* Jonathan C. Hamilton, *A Decade of Latin American Investment Arbitration*, LATIN AMERICAN INVESTMENT TREATY ARBITRATION: THE CONTROVERSIES AND CONFLICTS 69 (Mary H. Mourra & Thomas E. Carbonneau eds., 2008) (referente al arbitraje de inversiones en América Latina).
7. *Ver* Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, Solución de Controversias: Arbitraje Comercial, La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, disponible en http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac /iacac2e.asp (listando los países signatarios). En relación con la historia de la negociación de la Convención de Panamá, *ver* OEA, *Proyecto Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado*, vol. 2, OEA Doc. Ser.K/XXI.1/CIDIP-64, 15 de enero de 1975.
8. Además de ratificar las Convenciones de Nueva York y Panamá, muchos países de América Latina también han modificado sus legislaciones de arbitraje domésticas para promover el tipo de arbitraje comercial contemplado en estos tratados. Los cambios en leyes arbitrales en América Latina fueron parte de reformas legales realizadas principalmente en los años noventa, y esos cambios se basaron en todo o en parte en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("Ley Modelo de la CNUDMI"). *Ver, por ejemplo*, Jonathan C. Hamilton, *International Arbitration as a Component of Latin American Reforms: The Case of Peru* (1997).

II. Comparación de las Convenciones de Nueva York y Panamá

Las Convenciones de Nueva York y Panamá promueven el respeto por la ejecución de acuerdos arbitrales válidos y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que cumplen con ciertos requisitos mínimos. Al mismo tiempo, ambos tratados permiten que las cortes se nieguen a reconocer y ejecutar laudos impropios. Por ejemplo, ambos tratados permiten a las cortes rechazar el reconocimiento y la ejecución cuando, entre otras cosas, el procedimiento arbitral fue contrario al acuerdo de las partes, o cuando el laudo ha violado los derechos al debido proceso de la parte en contra de la cual se invoca la sentencia arbitral.

La Convención de Panamá comparte muchas disposiciones importantes con la Convención de Nueva York, además del principal objetivo de proteger y promover el arbitraje internacional. No obstante, existen diferencias claves entre las dos convenciones. Algunas de estas diferencias están relacionadas con el ámbito de aplicación y las reglas de procedimiento de las dos convenciones. Otras diferencias tienen que ver con la obligación de las cortes de obligar a las partes a ir a arbitraje, así como los requisitos que las partes deben cumplir para obtener el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales.

Otra diferencia entre las dos convenciones es la regla especial supletoria establecida en el Artículo 3 de la Convención de Panamá, la cual establece que *"a falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial."*[9] Esta medida tuvo como objetivo promover un marco legal regional para el arbitraje. En este sentido, el Artículo 3 contempla crear un sistema de arbitraje administrado por una institución enfocada en arbitraje para las Américas, y consecuentemente reducir

9. *Ver* Convención de Panamá, *ut supra* nota al pie 1, Art. 3.

la necesidad de intervención judicial y minimizar incertidumbre en los procedimientos arbitrales. Cabe destacar que desde el 2002, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas ("ICDR", por sus siglas en inglés) del *American Arbitration Association* ("AAA", por sus siglas en inglés) ha tenido un acuerdo con la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial ("CIAC") para administrar arbitrajes presentados ante la CIAC.[10]

Por otro lado, un número de temas tratados en la Convención de Nueva York no se encuentran presentes en la Convención de Panamá. A diferencia del Artículo 1 de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá no especifica el ámbito de su aplicación –tanto con respecto al asunto materia de arbitraje o la nacionalidad de las partes–. La Convención de Panamá tampoco incluye la disposición de reciprocidad establecida en el Artículo I(3) de la Convención de Nueva York, que le permite a los estados requerir que laudos arbitrales sean adoptados en el territorio de otro estado contratante.[11] También la Convención de Panamá deja abierto para una amplia interpretación la cuestión de cuando un arbitraje es considerado "internacional." La Convención de Panamá tampoco requiere que las cortes de los estados miembros lleven a las partes a arbitraje después de determinar que las partes han firmado un acuerdo arbitral válido. Finalmente, la Convención de Panamá no contempla los requisitos formales que exige la Convención de Nueva York en su Artículo IV, tales como la presentación del original o una copia debidamente certificada del laudo original y del acuerdo arbitral original, o una traducción certificada en caso fuese necesario.

10. *Ver* Luis M. Martinez, *Are We There Yet?*, en ARBITRATION REVIEW OF THE AMERICAS (2009).
11. *Ver* Convención de Nueva York, *ut supra* nota al pie 1, Art. I(3).

III. Las Convenciones Arbitrales y la Práctica arbitral

Un asunto fundamental, en teoría, es cual de las dos convenciones es aplicable en un procedimiento de ejecución. Con respecto a la interrelación entre las Convenciones de Nueva York y Panamá, el Artículo VII de la Convención de Nueva York dispone que:

> Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.[12]

La Convención de Panamá no contiene una disposición de compatibilidad como ésta. Para algunos comentaristas, esta discrepancia sugiere que la Convención de Panamá debe aplicarse en casos de conflicto entre las dos convenciones, especialmente dado que la Convención de Panamá es un instrumento enfocado en la región, y es posterior a la Convención de Nueva York.[13] En otros contextos, se da preferencia al tratado más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.[14]

En teoría, en la mayoría de los casos las Convenciones de Nueva York y Panamá pueden dar lugar a resultados similares. Los casos que se describen a continuación demuestran cómo coexisten en la práctica estas dos convenciones. A continuación realizamos un análisis comparativo de una selección de leyes y precedentes de distintos países en América Latina.

12. Convención de Nueva York, *ut supra* nota al pie 1, Art. VII.
13. *Ver, por ejemplo*, Jan Kleinheisterkamp, International Commercial Arbitration in Latin America 27 (2005) ("Hay buenas razones en favor de la solución simple de la regla general de conflicto de tratados lex specialis derogate generali.") (traducido al español). En reconocimiento al hecho de que la Convención de Nueva York permite otros acuerdos y considera problemas locales, Kleinheisterkamp razona "[s]i el arbitraje es genuinamente interamericano, la Convención de Panamá prevalecerá como lex specialis sobre la Convención [de Nueva York]." *Ídem.*
14. *Ver, por ejemplo*, Sección 5.2. (explicando la ley peruana de arbitraje del 2008 que sigue esta postura).

3.1 Estados Unidos

En los Estados Unidos, la respuesta sobre qué convención es aplicable para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales está establecida en la Sección 305 de la Ley de Arbitraje Federal -*Federal Arbitration Act* (la "FAA").[15] De acuerdo con la Sección 305:

> Cuando se cumplan los requisitos para la aplicación de tanto la [Convención de Panamá] y la [Convención de Nueva York], la determinación sobre cual Convención es aplicable, a menos que haya acuerdo en contrario, deberá ser establecida de la siguiente manera: (1) Si la mayoría de las partes del acuerdo arbitral son ciudadanos de un estado o estados que han ratificado o accedido a la [Convención de Panamá] y son estados miembros de la Organización de Estados Americanos, se aplicará la Convención de Panamá. (2) En todos los demás casos se aplicará [la Convención de Nueva York].[16] (Traducido al español).

La Sección 305 representa un intento por el Comité Judiciario de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de proporcionar un procedimiento uniforme para la aplicación de las Convenciones de Nueva York y Panamá por medio del establecimiento de una clara jerarquía. Las cortes estadounidenses han reconocido la obligación de respetar esta jerarquía impuesta por la Sección 305.[17]

15. *Ver, por ejemplo*, John P. Bowman, THE PANAMA CONVENTION AND ITS IMPLEMENTATION UNDER THE FEDERAL ARBITRATION ACT 81, nota 239 (2002).
16. Federal Arbitration Act, 9. U.S.C. § 305 (2000).
17. *Ver, por ejemplo, Banco de Seguros del Estado c. Mutual Marine Offices, Inc.*, 230 F. Supp. 2d 362, 367, n.4 (S.D.N.Y. 2002), aff'd 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003) ("Cuando los requisitos tanto de la Convención Interamericana y de la Convención de Nueva York se cumplen, la Convención Interamericana gobierna si 'una mayoría de las partes en el acuerdo arbitral son ciudadanos del estado o estados que han ratificado o accedido a la Convención Interamericana y son estados miembros de la Organización de Estados Americanos.'") (traducido al español); *Progressive Casualty Ins. c. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela*, 802 F. Supp. 1069, 1074 (S.D.N.Y. 1992), *anulado por otros motivos*, 991 F.2d 42 (2d Cir. 1993)) ("La Convención de Nueva York y la Convención Interamericana ambas representan un pensamiento legal y político actual en favor del arbitraje como un medio de solución alternativa de disputas. En la sección 305 el Congreso razonablemente consideró decidir entre dos convenciones si las dos aplicaban a un mismo contrato.") (traducido al español).

Esta jerarquía no existe en las leyes de muchos países de América Latina, y la determinación de qué convención es aplicable recae generalmente en las cortes locales. Es más, incluso cuando las partes han especificado qué convención deberá aplicarse, un comentarista sugiere que *"no es seguro que los jueces en América Latina vayan a aceptar la elección específica de las partes por una u otra Convención –una elección que es permitida por la legislación de implementación de los Estados Unidos–."*[18]

3.2 Perú

El Artículo 74(1) de la nueva Ley de Arbitraje del Perú, promulgada el año 2008, dispone que los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados de acuerdo con: (a) la Convención de Nueva York; o (b) la Convención de Panamá; *o* (c) cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú. Con respecto a discrepancias potenciales entre estos instrumentos, el Artículo 74(2) de la nueva ley sigue al Artículo 129 de la ley de 1996, privilegiando la ejecución de laudos extranjeros en el sentido más amplio posible al disponer que *"salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero."*

Bajo los Artículos 76 y 77 de la nueva ley, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Perú está diseñado como un proceso de dos pasos, donde las cortes deben primero reconocer el laudo en todo o en parte, y luego ordenar su ejecución. Adicionalmente, al igual que el Artículo 129 de la ley de 1996, el Artículo 75 de la nueva ley sigue de cerca las causales para negar el reconocimiento de un laudo previstas en el Artículo 36(1) de la Ley Modelo promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") y en el Artículo V de las Convenciones de Nueva York y Panamá.

18. Kleinheisterkamp, *ut supra* nota al pie 21, en 28 (traducido al español).

Otra vez reflejando una postura pro-ejecución, el Artículo 75 de la nueva ley se aplica: (1) cuando no hay un tratado internacional aplicable; o (2) cuando hay un tratado internacional aplicable pero la ley en sí misma es mas favorable para la parte que pretende el reconocimiento de un laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en las leyes peruanas. En el mismo sentido –y reconociendo que el Artículo VII(1) de la Convención de Nueva York señala que no afectará la validez de otros acuerdos multilaterales o bilaterales de los que sean parte los estados contratantes– el Artículo 78 de la nueva ley de arbitraje del Perú va un paso más allá que la ley de 1996, en cuanto a que permite en forma específica a las partes aprovecharse de los derechos mas útiles a sus acuerdos arbitrales y laudos.

3.3 Chile

A pesar de que Chile fue uno de los primeros países de América Latina en ratificar la Convención de Nueva York en 1975, el desarrollo de su régimen legal arbitral demoró años en comparación con otros países de la región.[19] En 2004, sin embargo, Chile promulgó una nueva ley de arbitraje (Ley No. 19.971), basada sustancialmente en la Ley Modelo de la CNUDMI.[20] Las cortes chilenas han sostenido que la nueva ley rige el procedimiento arbitral respecto de los contratos firmados con anterioridad a su promulgación.[21]

19. *Ver, por ejemplo*, Carlos Eugenio Jorquiera y Karin Helmlinger, *Chile, en* INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA 89, 184 (Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo eds., 2002) ("[P]ara que Chile se desarrolle como un posible centro de arbitraje internacional es fundamental la actualización de su legislación arbitral del siglo diecinueve. . . .") (traducido al español).
20. *Ver, por ejemplo*, Kleinheisterkamp, *ut supra* nota al pie 21, pág. 8; Jonathan C. Hamilton et al., *Chile: Chilean Appellate Court Rules on Applicability of International Arbitration Law*, INT'L DISP. Q. 19 (2007).
21. Jonathan C. Hamilton et al., *Commercial Arbitration in Latin America*, 1 INT'L DISP. Q. 13, 19 (2007) (citando a *D'Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Ltda. c. Otero Lathrop Miguel*, Recurso de Hecho, Rol No. 865-2000 (Corte de Apelaciones de Santiago, Primera Sala, May 26, 2006) (sosteniendo que la ley arbitral chilena de 2004 aplica a disputas que surjan de contratos firmados con anterioridad a su promulgación).

La ley arbitral chilena no regula expresamente la relación entre las Convenciones de Nueva York y Panamá, ni especifica alguna preferencia entre ellas. En consecuencia, son las cortes chilenas quienes determinan por sí mismas qué instrumento prevalece en caso de conflicto. Sin embargo, las cortes chilenas generalmente han demostrado respeto hacia los procesos arbitrales, confirmando entre otras cosas que el rol de las cortes locales en procedimientos arbitrales internacionales es limitado.[22]

En 2008, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile rechazó argumentos presentados en oposición al reconocimiento y ejecución de un laudo emitido en Brasil, señalando que los argumentos de la reclamante excedían el marco de su revisión.[23] Por el contrario, *"[l]a Corte Suprema señaló que el único propósito del procedimiento de ejecución era verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos relativos al respeto al orden público, la notificación válida a la parte contra la cual se invoca el laudo, el respeto a los límites de jurisdicción y el carácter definitivo de las decisiones a ser ejecutadas."*[24]

3.4 México

La ley mexicana de arbitraje que se encuentra en el Libro V, Título IV del Código de Comercio fue promulgada en 1993 y sigue de cerca a la Ley Modelo de la CNUDMI. El Artículo 1415 de la ley dispone que la ley del arbitraje prevalece "salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje." En este sentido, las Convenciones de Nueva York y Panamá constituyen "la ley suprema de toda la unión" bajo el

22. *Ver, por ejemplo, D'Arcy,* Rol No. 865-2000 (Chile).
23. *Ver* Cristián Conejero Roos, *The New York Convention in Latin America: Lessons from Recent Court Decisions*, GLOBAL ARBITRATION REV. (2009), *disponible en:* http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/13/sections/50/chapters/499 (citando a *Gold Nutrition Industria e Comercio c. Laboratorio Garden House S.A* . (15 de septiembre de 2008)).
24. *Ídem.* (traducido al español).

Artículo 133 de la Constitución mexicana y, como tales, son de rango superior a la legislación federal en México.[25]

Como en el caso de Chile, la ley de arbitraje de México no regula expresamente la relación entre las dos convenciones, ni tampoco establece una preferencia entre ambas. Al mismo tiempo, dado que la ley de arbitraje de México incorpora las principales disposiciones de ambas convenciones a través de su adherencia a la Ley Modelo de la CNUDMI, las cortes mexicanas raramente aplican las convenciones mismas en forma directa.

En algunas ocasiones, las cortes mexicanas han basado sus decisiones para ejecutar laudos en las convenciones. En el caso de Nordson Corporation c. Industrias Camer S.A. de C.V., por ejemplo, una parte estadounidense solicitó el reconocimiento y ejecución en México de un laudo arbitral otorgado bajo las reglas de la AAA.[26] Aunque la ejecución fue concedida en primera instancia, la parte mexicana presentó un amparo. Confirmando la decisión de la corte originaria, la Sexta Cámara Civil del Primer Circuito basó su decisión tanto en la Convención de Nueva York como en la de Panamá. En su decisión, la corte sostuvo que *"los fundamentos bajo la Convención de Nueva York eran muy restrictivos y que los jueces tenían permitido revisar el fondo de la decisión contenida en el laudo arbitral."*[27]

3.5 Argentina

Sin perjuicio de que Argentina es una de las jurisdicciones más activas dentro del arbitraje comercial, su régimen doméstico ha cambiado muy poco desde el siglo diecinueve.[28] De hecho,

25. *Ver* Claus von Wobeser, *Mexico*, *en* INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA, *ut supra* nota al pie 27, págs. 155, 184 (reconociendo que los tratados internacionales ratificados por México, incluyendo las Convenciones de Nueva York y Panamá, "están situados arriba de la legislación federal del país en la jerarquía legal del país, y que obligan tanto a las autoridades como a las personas") (traducido al español). "Estos tratados son ejecutorios sin necesidad alguna de legislación reglamentaria." *Ídem.* (traducido al español).
26. *Ver* Conejero Roos, *ut supra* nota al pie 31.
27. *Ídem.*
28. *Ver, por ejemplo*, Alessandro Spinillo y Emilio Vogelius, *Argentina*, *in* INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA, *ut supra* nota al pie 27, 22, pp. 22–23 (discutiendo "la urgente necesidad de refor-

varios intentos por adoptar la Ley Modelo de la CNUDMI en Argentina no han tenido éxito.[29] Es más, dado que las leyes de arbitraje son anteriores a la ratificación de las Convenciones de Nueva York y Panamá, Argentina no tiene una ley que regule específicamente el procedimiento en casos que traten sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

En Argentina, los laudos extranjeros son ejecutados bajo tratados internacionales –tales como las Convenciones de Nueva York y Panamá– de ser éstos aplicables.[30] A pesar de que las cortes argentinas están obligadas a respetar estos tratados, no existe un procedimiento para resolver discrepancias entre las dos convenciones si las partes mismas no han elegido una de las convenciones. En otros casos, laudos extranjeros son ejecutados bajo el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación.[31] En todos los casos, la ejecución debe ser solicitada en las cortes locales que hubieran sido competentes en caso de no haber existido el arbitraje.

IV. Implicancias de una Propuesta de Modificación de la Convención de Nueva York

La relación entre la Convención de Panamá y la Convención de Nueva York ha sido materia de cierta fricción, como se refleja en los comentarios de académicos como el Profesor Albert Jan van den Berg, autor de una de las obras principales sobre la Convención de Nueva York.[32] Hace dos décadas, el Profesor van

mar la ley nacional de arbitraje [en Argentina] que todavía data del siglo diecinueve" y proponiendo la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI "que ciertamente mejoraría la seguridad jurídica y la predictibilidad del procedimiento arbitral, ayudando a crear un nuevo clima en el cual corporaciones multinacionales que lleven negocios en la región puedan estar dispuestas a aceptar cláusulas de arbitraje internacional especificando arbitraje en Argentina") (traducido al español).

29. *Ver* Kleinheisterkamp, *ut supra* nota al pie 21, p. 6 (atribuyendo la falla de los cuatro intentos desde 1990 de introducir la Ley Modelo de la CNUDMI a la falta de interés por parte de la Cámara de Diputados).
30. *Ver* Spinillo y Vogelius, *ut supra* nota al pie 27, pp. 55-57 (proporcionando un panorama de la ejecución de laudos extranjeros en Argentina).
31. *Ídem.*
32. Albert Jan van den Berg, The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (1981).

den Berg señaló en un artículo publicado en 1989 que *"[l]a hostilidad tradicional hacia ... el arbitraje internacional en América Latina parece estar disminuyendo,"* y se preguntó si las convenciones son compatibles y *"pueden co-existir."*[33] Después de analizar las diferencias entre las dos convenciones, el Profesor van den Berg concluyó que la respuesta a la pregunta de compatibilidad era *"un reservado sí."*[34]

Observando como las Convenciones han sido interpretadas y aplicadas por tribunales arbitrales y cortes locales, el Profesor van den Berg comentó sobre la Convención de Nueva York en 1999: *"[i]f it ain't broke, don't fix it* (si no está rota, no la arreglen)."[35] Luego de una década de nuevos precedentes, el Profesor van den Berg observó en el 2008 que la Convención de Nueva York "necesita ser modernizada" y que muchas de sus disposiciones necesitan ser "añadidas", las disposiciones existentes "no son claras," están "desactualizadas," y necesitan ser *"modificadas."*[36] En consecuencia, el Profesor van den Berg propuso un "Proyecto Hipotético" de una Convención de Nueva York modificada (el "Proyecto de Convención") diseñado para clarificar, simplificar y modernizar esta convención.[37]

El Proyecto de Convención es de particular interés a la luz de las diferencias entre las Convenciones de Nueva York y de Panamá. Entre sus principales aspectos, el Proyecto de Convención busca clarificar el ámbito de aplicación de la

33. *Ver* Albert Jan van den Berg, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, 5 ARB. INT'L 214, 214–15 (1989) (describiendo cómo la compatibilidad completa "genera la pregunta de cuál podría ser la razón de ser de la Convención de Panamá en vista de la Convención de Nueva York") (traducido al español).
34. *Ídem*, en p. 229.
35. *Ver* Albert Jan van den Berg, *Striving for Uniform Interpretation*, en ENFORCING ARBITRATION AWARDS UNDER THE NEW YORK CONVENTION 41, 42 (United Nations ed., 1999).
36. *Ver* Albert Jan van den Berg, The Draft Dublin Convention 2008—An Explanation of the Proposed Changes prepared at the Plenary Session of the International Council for Commercial Arbitration ("ICCA") Conference, *The New York Convention*, p. 50 (10 de junio de 2008), *disponible en* http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf.
37. *Ver* Albert Jan van den Berg, Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Text of the Convention (29 de mayo de 2008), *disponible en* http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133674097980/hypothetical_draft_convention_ajbrev06.pdf.

Convención de Nueva York establecido en el Artículo I. Como se menciona más arriba, la Convención de Panamá carece de tal característica.

El Proyecto de Convención propone derogar el requisito de reciprocidad establecido en el Artículo I(3) de la Convención de Nueva York, y simplifica los requisitos formales para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales contenidos en el Artículo IV. Éstas son disposiciones que la Convención de Panamá nunca ha contemplado. De acuerdo con el Artículo 2(2)(b) del Proyecto de Convención, las cortes pueden negarse a obligar a las partes a ir a arbitraje si determinan *prima facie* que no hay un acuerdo arbitral válido de acuerdo con la ley del país donde el laudo será adoptado. Asimismo, el Artículo 3(4) del Proyecto de Convención requiere que las cortes actúen "rápidamente" en una solicitud de ejecución de un laudo arbitral.

A pesar de que mantiene las causales actuales para rechazar el reconocimiento y ejecución contempladas en el Artículo V de la Convención de Nueva York, el Proyecto de Convención sólo aplica estas causales en "casos manifiestos", cuando el asunto haya sido planteado de manera oportuna en el arbitraje subyacente. Por otro lado, el Proyecto de Convención cambia la excepción de política pública que se encuentra en el Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York (también presente en el Artículo 5(2)(b) de la Convención de Panamá), requiriendo en su lugar una violación del *"orden público internacional existente en el país en que se solicita el reconocimiento y la ejecución."*[38]

Finalmente, el Proyecto de Convención clarifica la discreción de las cortes bajo el Artículo VI de la Convención de Nueva York para suspender acciones de ejecución mientras estén pendientes otros procedimientos de anulación, y aclara la capacidad de las partes para solicitar la ejecución de laudos arbitrales por medio de otros acuerdos o leyes bajo el Artículo VII de la

38. *Ídem.*

Convención de Nueva York.[39] A pesar que la Convención de Panamá contiene una disposición de suspensión similar en su Artículo 6, no se refiere al reconocimiento y ejecución por medio de otros acuerdos.

El Proyecto de Convención, a pesar de estar dirigido específicamente a defectos identificados en la Convención de Nueva York, también trae importantes implicancias para la Convención de Panamá. El Proyecto de Convención en algunos aspectos disminuiría la brecha entre las dos convenciones a través de la abolición o simplificación de disposiciones de la Convención de Nueva York que no se encuentran en la Convención de Panamá, como por ejemplo la disposición de reciprocidad del Artículo I(3) y los requerimientos formales del Artículo IV.

Al mismo tiempo, ya que también trata temas contenidos en ambas convenciones, el Proyecto de Convención podría ampliar las brechas entre los dos instrumentos, agravando asuntos de compatibilidad y co-existencia.[40]

* * *

A modo de resumen, hace cincuenta años, fecha del origen de la Convención de Nueva York, América Latina carecía de un marco legal comprensivo para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. Desde entonces, la mayoría de los estados de América Latina han adoptado las Convenciones de Nueva York y Panamá. A pesar de sus similitudes, las Convenciones de Nueva York y Panamá son instrumentos independientes con diferencias notables. Sin embargo, cada una de las convenciones han contribuido al desarrollo del arbitraje comercial en la región.

39. En particular, el Artículo 7 del Proyecto de Convención dispone que "[s]i un acuerdo arbitral o laudo arbitral puede ser ejecutado sobre una base legal distinta a esta Convención en el país donde el acuerdo o laudo es invocado, la parte que solicita la ejecución puede apoyarse en esa base." (traducido al español). *Ídem.*, Art. 7.

40. En relación con la Convención de Panamá, *ver, por ejemplo*, Claus von Wobeser, *The Influence of the New York Convention in Latin America and on the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, 2 DISP. RES. INT'L. 43, 54–55 (2008).

La jurisprudencia en América Latina sobre arbitraje internacional sigue evolucionando, incluyendo en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de las Convenciones de Nueva York y Panamá. Al mismo tiempo, dos tercios de los latinoamericanos todavía desconfían de sus propias cortes.[41] Esto presagia una continua evolución para el arbitraje comercial en América Latina para las décadas venideras.

41. Informe Latinobarómetro 2007, Corporación Latinobarómetro (2007), http://www.latinobarometro.org.

Apéndice A.

Leyes y Tratados de Arbitraje Comercial en América Latina

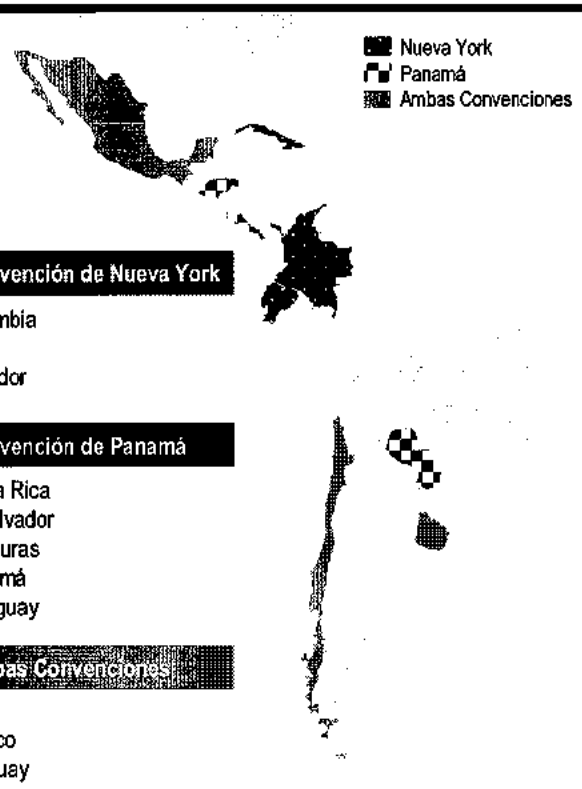
EXTRACTO DEL COMPENDIO SOBRE ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

	Convención de Nueva York Entrada en vigor	Convención de Panamá Entrada en vigor
ARGENTINA	1989	1985
BOLIVIA	1995	1999
BRASIL	2002	1995
CHILE	1975	1976
COLOMBIA	1979	1987
COSTA RICA	1988	1978
CUBA	1975	—
REPÚBLICA DOMINICANA	2002	—
ECUADOR	1962	1991
EL SALVADOR	1998	1980
GUATEMALA	1984	1986
HONDURAS	2001	1979
MÉXICO	1971	1978
NICARAGUA	2003	—
PANAMÁ	1985	1976
PARAGUAY	1998	1977
PERÚ	1988	1989
URUGUAY	1983	1977
VENEZUELA	1995	1985

© 2000-09, Jonathan C. Hamilton. Esta tabla sólo puede ser reproducida con atribución.

Apéndice B.

Ratificación de las Convenciones de NY y Panamá: 1983



Convención de Nueva York

Colombia
Cuba
Ecuador

Convención de Panamá

Costa Rica
El Salvador
Honduras
Panamá
Paraguay

Ambas Convenciones

Chile
México
Uruguay

© 2000-09, Jonathan C. Hamilton. Esta tabla sólo puede ser reproducida con atribución.

Apéndice C.

Ratificación de las Convenciones de NY y Panamá: 2008

Convención de Nueva York

Cuba
República Dominicana
Nicaragua

Ambas Convenciones

Argentina	Guatemala
Bolivia	Honduras
Brasil	México
Chile	Panamá
Colombia	Paraguay
Costa Rica	Perú
Ecuador	Uruguay
El Salvador	Venezuela

© 2000-09, Jonathan C. Hamilton. Esta tabla sólo puede ser reproducida con atribución.

¿EXISTE UNA PLAZA "LATINOAMERICANA" PARA ARBITRAR INTERNACIONALMENTE?

Fernando Cantuarias S.*

Desde la década pasada, el mundo es testigo de como el arbitraje[1] ha dejado de ser un tema privativo de algunos pocos Estados, gracias a que muchos países, incluidos aquellos tradicionalmente considerados hostiles hacia el arbitraje, están adoptando modernas legislaciones y se adhieren a importantes tratados sobre la materia.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Árbitro nacional e internacional. En el año 2006 ha sido reconocido por la prestigiosa revista Latinlawyer como uno de los 34 principales árbitros de América Latina. Además, la reputada revista Who's Who Legal –Commercial Arbitration 2007, Commercial Arbitration 2008 y Commercial Arbitration 2009– lo considera entre los 467 expertos líderes en este campo en 63 jurisdicciones. Es miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional. Es miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' list (ICDR). Es autor del Libro "Arbitraje Comercial y de las Inversiones" (UPC, Lima, 2007) y de más de 50 artículos sobre su especialidad.

1. En este artículo no analizaremos el arbitraje entre Estados, como tampoco el arbitraje entre Estados e inversionistas, que, como sabemos, también viene alcanzando un desarrollo impresionante, gracias principalmente a la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) y a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs). Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, *"Arbitraje Comercial y de las Inversiones"*, UPC, Lima, 2007, pp. 555-809; Fernando Cantuarias Salaverry, "Condiciones para acceder al CIADI: A propósito del Caso Lucchetti". En: *Revista de Economía y Derecho*, vol. 1, nro. 1, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004; Fernando Cantuarias Salaverry, "Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el acceso al Arbitraje". En: *Revista de Economía y Derecho*, vol. 1, nro. 2, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, pp. 29-50; y, Fernando Cantuarias Salaverry, "La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado peruano y los inversionistas". En: *Themis, Revista de Derecho,* nro. 48, Lima, 2004, pp. 167-186.

Carbonneau[2] entiende que parte del mérito por el impresionante desarrollo del arbitraje se debe a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional[3], que ha sido adoptada, en todo o en parte, por más de cincuenta países alrededor del mundo: desde varios Estados latinoamericanos hasta Alemania, como por parte de Rusia y diversas jurisdicciones asiáticas.[4]

Otra parte del mérito lo tiene, qué duda cabe, el "Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958)[5], del que a abril de 2008 forman parte 142 Estados.[6]

2. Thomas E. Carbonneau, "The Ballad of Transborder Arbitration". En: *University of Miami Law Review*, vol. 56, 2002, p. 779. "During the 1990s, there was an eruption of Uncitral-inspired arbitration laws throughout the globe –from Latin American countries to Germany to former Soviet bloc states and Asian jurisdictions".
3. La Ley Modelo de UNCITRAL no es un tratado, sino simplemente un modelo -valga la redundancia- que puede ser implementado por la legislación de cada país, con la finalidad de modernizar y uniformizar el tratamiento de los arbitrajes internacionales. Sobre el particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, *"Arbitraje Comercial y de las Inversiones"*, ob. cit., pp. 65-78; Gerold Herrmann, "UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration". En: *Pace Law Review*, vol. 4, nro. 3, 1984, pp. 547 y ss.; Gerold Herrmann, "The UNCITRAL Model Law - its background, salient features and purposes". En: *International Arbitration*, vol. 1, nro. 1, 1989, pp. 13 y ss.; W. Laurence Craig, "Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration". En: *Coudert Brothers Worldwide:* http://www.coudert.com/practice/int-com.htm; Alan Redfern & Martin Hunter, *"Law and Practice of International Commercial Arbitration"*, 2da. Ed., Sweet & Maxwell, London, 1991, pp. 525 y ss.; y, Kenneth Ungar, "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration". En: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 25, nro. 3, 1987, pp. 727-741.
4. Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en Alemania, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bermudas, Bulgaria, Camboya, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Dinamarca, Egipto, dentro del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia, España, Estonia, Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hong Kong (Región administrativa especial de China), Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Macao (Región administrativa especial de China), Madagascar, Malta, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda; dentro de los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas; Zambia y Zimbabwe. Sobre el particular, leer a: Bette E. Shifman, "Developments in adoption of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration". En: *The American Review of International Arbitration*, vol. 1, nro. 2, 1990, pp. 281 y ss; Frank Griffith Dawson, "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?". En: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, nro. 15, Lima, 1997, p. 200; Gerold Hermann, "Power of Arbitrators to Determine Procedures under the UNCITRAL Model Law". En: *ICCA XII International Arbitration Congress*, Viena, 1994, p. 21; e, ICC Commission on International Arbitration, "Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, nro. 1, 1998, p. 47.
5. Richard J. Graving, "How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights". En: *Journal of International*

Pero, además, el éxito del arbitraje se debe a sí mismo, ya que se trata de un instrumento de inapreciable valor en la solución de los conflictos; en especial, de los que se generan del intercambio comercial internacional.

En efecto, si bien en el ámbito de los conflictos domésticos el arbitraje viene demostrando una importancia cada vez mayor frente al Poder Judicial[7], es en la solución de los conflictos comerciales internacionales donde destaca nítidamente, debido a que, además:

Arbitration, vol. 14, nro. 3, 1997, p. 167. "The New York Arbitration Convention of 1958 is mercifully short and, for the international commercial community, successfully sweet. Without evident hyperbole Lord Mustill has called it 'perhaps the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law'. Or as President Stephen Schwebel of the International Court of Justice has put it with greater economy but no less accuracy, 'it works'. Yet another authority, Professor Thomas Carbonneau, has described it as the 'universal charter' of international commercial arbitration". Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, *"Arbitraje Comercial y de las Inversiones"*, ob. cit., pp. 42-62; Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, vol. 2, nro. 3, 1986, pp. 198 y ss.; Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)". En: *The Yearbook on Commercial Arbitration*, vol. XIV, 1989, pp. 534-555; y, Leonard V. Quigley, "Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: *The Yale Law Journal*, vol. 70, nro. 7, 1961, pp. 1059-1060.

6. La lista actualizada de países miembros puede ubicarse en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/status-s.htm.

7. Frente a una cada vez mayor masificación de causas en el Poder Judicial, el arbitraje ofrece a las partes una vía mucho más expeditiva, menos formalista y que se adecua con mayor facilidad a las necesidades y expectativas de las partes.
Además, el arbitraje permite que actúen como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso judicial en el que al juez muchas veces se le obliga a ser un "todista". De esta manera, el arbitraje ofrece la excelente oportunidad de que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia en conflicto. Esta posibilidad que brinda el arbitraje de poder escoger a las personas que van a resolver un conflicto lo hace en especial atractivo.
A estas ventajas, cabe añadir la privacidad y un ambiente de menor confrontación que el que aguarda a las partes en un proceso judicial.
Por último, el laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial.
Sobre el particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, *"Arbitraje Comercial y de las Inversiones"*, ob. cit., pp. 3-12; Leonard L. Riskin & James E. Westbrook, *"Dispute Resolution and Lawyers"*, West Publishing, Minnesota, 1987, pp. 3 y ss.; Gilberto Peña Castrillón y Néstor Martínez Neira, *"Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia"*, Themis, Bogotá, 1986, pp. 6 y ss.; Nils Mangard, "El Arbitraje y el Sistema Judicial". En: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, pp. 95 y ss.; Hans Smit, "The Future of International Commercial Arbitration: A single Transnational Institution? En: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 25, nro. 1, 1986, pp. 15 y ss.; y, Warren E. Burger, "Isn't There a Better Way?". En: *ABA Law Journal*, American Bar Association, vol. 68, 1982, pp. 277 y ss.

a) Las partes de una transacción comercial internacional suelen valorar la neutralidad, que difícilmente se obtiene teniendo que dirimir las controversias ante el Poder Judicial de una de las partes, ya que probablemente el proceso judicial se desarrollará en otro idioma, bajo reglas de procedimiento poco familiares, se requerirá el asesoramiento de abogados locales y, además, siempre existirá el riesgo de que los jueces discriminen en favor de su nacional.[8]

En cambio, el arbitraje sí ofrece una instancia neutral para la solución de los conflictos que se generan de la contratación comercial internacional.[9]

b) Aun cuando se pacte la sumisión de una controversia ante un determinado Poder Judicial, siempre existe el riesgo que

8. Roque J. Caivano, "El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)". En: *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. 1996-II, Buenos Aires, 1996, p. 791. "Si en cuestiones exclusivamente domésticas el arbitraje se ha revelado como una de las fórmulas más satisfactorias, sus ventajas se potencian cuando el conflicto involucra a partes radicadas en diferentes latitudes. La disyuntiva de acudir a una u otra jurisdicción judicial –recíprocamente teñidas de sospecha y parcialidad por la otra parte– es sólo subsanable mediante el recurso a un arbitraje neutral y especializado, en el que las partes pueden acordar no sólo la elección de la persona más idónea para el caso, sino también el lugar donde habrá de realizarse, el idioma, el procedimiento que los árbitros deberán seguir y aún el derecho de fondo aplicable". Gary B. Born, "Forum selection versus Arbitration". En: *International Commercial Litigation*, vol. 39, 1999, p. 30. "[N]ational courts inevitably apply local procedural rules to international disputes, which may be ill-suited for parties from different legal traditions and regions of the globe". Juan A. Cremades Sanz-Pastor, "La neutralidad en el Arbitraje: La lengua, el lugar y la ley aplicable al Arbitraje". En: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), 2da Ed., 1983, p. 46, "en la mayor generalidad de los casos, las partes... van a un arbitraje comercial internacional... para obtener la neutralidad.
Neutralidad, no en el sentido de que el juzgador sea imparcial: esta imparcialidad también la encuentran ante la jurisdicción nacional. Neutralidad, en el sentido de igualdad de las partes ante el juzgador.
Efectivamente, una parte está siempre favorecida ante su juez nacional, por muy imparcial que sea éste. En efecto, para ganar un procedimiento se requiere demostrar que se tiene razón, y en esta demostración, la comunicación juega un papel importante.
Una parte puede comunicar mucho mejor ante un juez nacional que ante un juez extranjero: existen una serie de razonamientos, una identidad de puntos de vista, una similitud de raciocinio jurídico que hacen que una parte sintonice mucho más fácilmente con su juez nacional que con un juez extranjero".
9. William W. Park, "Finality and Fairness in Tax Arbitration". En: *Journal of International Arbitration*, vol. 11, nro. 2, 1994, p. 20. "[T]he principal raison d'etre of international commercial arbitration has long been the enhancement of political and procedural neutrality... When a company in Boston concludes a joint venture with an Algerian State agency, neither party wants to end up litigating in the other side's home court".

otras jurisdicciones no reconozcan ese acuerdo y pretendan que sean ellas las llamadas a solucionar el conflicto.[10]

En otras palabras, existe el riesgo permanente de múltiples litigios judiciales, con los costos e incertidumbre que ello implica.[11]

Pero, además, puede suceder, como explica Caivano[12], que *"aun cuando [las partes] pudieran ponerse de acuerdo... y convenir someter sus asuntos a una determinada jurisdicción estatal... [p]odría darse el supuesto de que la legislación del Estado elegido rechace el caso por considerarlo ajeno a su jurisdicción"*.[13]

A todo esto hay que agregar, que hasta la fecha no existe una solución aceptable en el ámbito del Derecho Internacional, que reduzca la incertidumbre generada de la posibilidad de que los poderes judiciales se nieguen a respetar el pacto de sumisión acordado por las partes.[14]

10. Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, "El Arbitraje como fórmula alternativa de solución de conflictos. ¿Cuándo y cómo acudir al Arbitraje?" En: *Boletín de Información Procesal y de Arbitraje*, Madrid, 1999, p. 5. "[C]uando a la relación comercial se le añade un componente internacional, ya sea por la presencia de un socio extranjero o de negocios de '*export-import*' de bienes y servicios, los escenarios de un posible litigio se multiplican en proporción directa al número de jurisdicciones estatales involucradas en la relación contractual".
11. Roque J. Caivano, *"Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 86. "Podría darse el supuesto de que... las normas del país de quien ha sometido sus asuntos a la jurisdicción de otro no permitan esta prórroga de jurisdicción y la reclamen para sí".
12. Ibídem, p. 86.
13. Peter D. Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration". En: *Law and Policy in International Business*, vol. 9, nro. 4, 1977, p. 1192. "Even if the contract contains both choice of law and choice of forum clauses, the judicial road to resolution of disputes remains full of obstacles. The selected forum may decline jurisdiction over the dispute if adjudication at that location would cause undue hardship to one of the parties, or if there is an insufficient relationship between the forum nation's law and the transaction out of which the dispute arose. Even if the selected court were willing to decide the dispute, that nation's law on conflict of laws might direct the parties to another body of law and forum altogether. Also, where the forum selected by or for the parties is foreign to one or both, the procedures and substantive law may be unfamiliar".
14. Gary B. Born, *"International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing"*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 89-90. "Many developed countries, including the United States, are not party to any international treaty or other agreement relating to the enforcement of forum selection clauses. There are some bilateral or regional treaties governing international forum agreements, such as the Brussels and Lugano Conventions, but most international forum selection clauses are governed in most national courts by domestic law".

Éstos y muchos otros problemas[15] se reducen dramáticamente cuando se pacta la sumisión de las controversias a arbitraje,[16] ya que la mayoría de las veces es posible aplicar la Convención de Nueva York de 1958.[17]

c) Por último, conviene recordar que todavía no existe a nivel mundial tratado alguno que permita la ejecución rápida, segura y poco costosa de las sentencias judiciales. Ante esta situación, muchas veces habrá que estar a lo que determine la legislación de cada uno de los Estados en los que se pretenda ejecutar un fallo judicial, con los riesgos que ello implica.[18]

15. Como es el caso de la "jurisdicción exorbitante" o "brazo largo de la jurisdicción", mediante la cual algunos Estados amplían de manera intolerable la jurisdicción de sus cortes nacionales para conocer determinadas controversias. Sobre este tema, leer a: Joseph Halpern, "Exhorbitant Jurisdiction and the Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint". En: *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, nro. 1, 1982, pp. 369 y ss.; Beverly M. Carl, "La competencia en el Derecho Internacional Privado de los Estados Unidos". En: *Derecho*, nro. 40, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pp. 75 y ss.; y, Alan C. Swan & John F. Murphy, *"Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations"*, Matthew Bender, 1991, p. 866.
16. Gary B. Born, *"International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing"*, ob. cit., *p. 13*. "Similarly, 'public policy' or 'mandatory law' limitations are usually less significant in arbitral that in judicial proceedings. For these reasons, it is often easier to obtain effective enforcement of an international arbitration agreement than of a forum selection clause".
17. Artículo II(3) de la Convención de Nueva York: "El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". Sobre este particular, leer a: Albert Jan van den Berg, "The New York Convention 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989). En: *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XIV, 1989, pp. 557-565; Tom Carbonneau, *"Cases and Materials on Commercial Arbitration"*, vol. I, Juris Publishing, New York, 1997, p. 423; Gary B. Born, *"International Commercial Arbitration in the United States"*, *Kluwer Law and Taxation Publishers*, Deventon & Boston, 1994, pp. 285-359; Alejandro M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America". En: *Journal of International Arbitration*, vol. 1, nro. 4, 1989, p. 319; y, Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, vol. 2, nro. 3, 1986, pp. 51-52.
18. Gary B. Born, *"International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing"*, ob. cit., pp. 106-107. "[A] substantial number of countries will generally not enforce foreign court judgments. Many states apply rules which deny recognition to any foreign judgment absent a treaty relationship with the rendering state (or 'state of origin') providing for mutual recognition and enforcement of judgments... Other countries simply refuse to recognize any foreign judgments, or admit foreign judgments solely as evidence in support of a party's substantive claims, which must be relitigated.
Even in countries where it is theoretically possible, the recognition and enforcement of foreign judgments is infrequently sought and even more rarely obtained. This is particularly true with respect to judgments against local nationals-against whom enforcement is typically most important. The enfor-

En cambio, en el ámbito del arbitraje existe como hemos mencionado la Convención de Nueva York de 1958,[19] la cual permite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en prácticamente todo el mundo.[20]

En consecuencia, la manera de asegurar que las controversias generadas del comercio internacional no sufran conflictos de competencia, terminen en manos de las Cortes de brazo largo o tengan finalmente problemas de ejecución de las sentencias,[21] es pactando la sumisión de los futuros o actuales conflictos al arbitraje.

Por tanto, si en Latinoamérica realmente queremos fomentar el desarrollo masivo del comercio entre nuestras fronteras, necesariamente tenemos que garantizar que los comerciantes y empresarios puedan someter sus conflictos al arbitraje en cualquiera de nuestros países. ¿Es eso actualmente posible?

---

cement of foreign judgments can be subject to procedural delays and other shortcomings, especially in states where courts lack experience with such efforts. The absence of treaty commitments means that there are few external checks on parochial obstacles to enforcement against local nationals". Sobre el particular, leer a: José Daniel Amado, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries: An overview and update". En: *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, nro. 1, 1990.

19. El Artículo 1(1) de este Tratado, dispone lo siguiente: "La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas".
20. William Laurence Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards". En: *Arbitration International*, vol. 4, nro. 3, 1988, p. 174. "International Arbitration has become the ordinary way of resolving international commercial disputes. One of the reasons for this success has been the relative ease with which awards rendered in a foreign jurisdiction can be enforced at the debtor's domicile or in any jurisdiction where the debtor has assets. That ease has been due, in large part, to the New York Convention of 1958".
21. Pierre-Yves Gunter, "Enforcing Arbitral Awards, Injunctions and Orders". En: *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Part 4, 1999, pp. 265-266. "According to the leading commentator of the New York Convention, Professor Albert Jan van den Berg, the enforcement of an arbitral award has been refused in less than 5 per cent of the cases".

I. El Arbitraje en América Latina

Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un subcontinente hostil al arbitraje.[22]

Esta afirmación resulta fácil de demostrar, simplemente apelando a las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años[23] y a la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención de Nueva York y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI).[24]

Sin embargo, a partir de la década pasada, las cosas han comenzado a cambiar para bien.[25]

22. Ana I. Piaggi, "Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica". En: *Revista de Derecho del Mercosur*, nro. 6, 2000, p. 148. "Nuestros países son conocidos como un área tradicionalmente difícil para el arbitraje, incluso hostil, y somos probablemente la región del mundo que más lentamente aceptó esta técnica como método de resolución de disputas". Sobre el particular, leer a: Frank E. Nattier, "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards". En: *Texas International Law Journal*, vol. 21, 1986, pp. 399 y ss.
23. Alejandro M. Garro, "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central". En: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*, Alejandro M. Garro (Ed.), Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990; Alejandro M. Garro, "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America". En: *The American Review of International Arbitration*, vol. 1, nro. 2, 1990; Alejandro M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", ob. cit.; y, Horacio Grigucra Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility". En: *Arbitration International*, vol. 5, nro. 2, 1989.
24. Recordemos la posición que asumieron los países latinoamericanos en 1965, en contra de la suscripción de la Convención del CIADI, cuyo pronunciamiento conjunto es conocido como el "No de Tokio". Sobre el particular, leer a: Michael M. Moore, "International Arbitration between States and Foreign Investors -The World Bank Convention". En: *Stanford Law Review*, vol. 18, nro. 6, 1966, p. 1376; Paul C. Szasz, "The Investment Disputes Convention and Latin America". En: *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, nro. 2, 1971, pp. 256-265; y, Alden F. Abbott, "Latin American and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification". En: *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976.
25. Fernando Mantilla Serrano, "Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America". En: *Journal of International Arbitration*, vol. 17, nro. 1, 2000, p. 139. "Latin America can no longer be said to suffer from hostility towards international arbitration". Nigel Blackaby y Sylvia Noury, "International Arbitration in Latin America". En: LatinLawyer Review –Arbitration, 2007, p. 1. "Latin America has definitively shed its previously isolationist policies in the field of international dispute resolution".

En efecto, a la fecha Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, el Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, son parte de la Convención de Nueva York.[26]

También la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), que regula el acceso al arbitraje para la solución de conflictos entre inversionistas y Estados receptores de inversión, cuenta hoy entre sus miembros con un número importante de Estados latinoamericanos.[27]

26. Por su parte, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, el Perú, Uruguay y Venezuela han ratificado el Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocido como la Convención de Panamá de 1975). Este, sin embargo, es un Tratado de menor importancia y jerarquía frente al Convenio de Nueva York. Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, *"Arbitraje Comercial y de las Inversiones"*, ob. cit., pp. 424-432; Albert Jan Van Den Berg, "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?" En: *Arbitration International*, vol. 5, nro. 3, 1989; Robert B. von Mehren, "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law". En: *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9, nro. 1, 1982, p. 346; Gary B. Born, *"International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing"*, ob. cit., p. 99; y, Horacio Griguera Naón, "Países de América Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales". En: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI* -El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995, p. 49.
27. A octubre de 2008, 142 Estados forman parte del Tratado, entre los que figuran un gran número de Estados latinoamericanos: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), el Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995). Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes". En: *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, nro. 2, 1999, p. 316. "Particularly impressive has been the increase in the number of ICSID members in Latin America, from two at the beginning of the period to thirteen today". Fernando Mantilla Serrano, "Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 139. "Concerning political risks and protection of foreign investment, the ratification of the 1965 World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes has contributed to reassure potential investors in the region". Sin embargo, Bolivia ha sido el primer Estado que ha denunciado este Tratado (mayo de 2007). Sobre este particular leer a: Julien Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: 'Manufacturing Consent' to ICSID Arbitration?". En: Journal of International Arbitration, Vol. 25, No. 1, 2008, pp. 71-87; Jorge Luis Inchauste y Ramiro Guevara, "Bolivia's Withdrawal from ICSID". En: Global Arbitration Review –The Arbitration Review of the Americas 2008, www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/53/bolivia; y Christian Leathley, "Morales about to take on the Constitutional Tribunal?" En: Global Arbitration Review, Vol. 2, No. 3, 2007, pp. 13-16.

Además, como identifican Craig, Park & Paulsson,[28] cada vez son más las partes que provienen de Latinoamérica que intervienen en arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), principal centro de arbitraje comercial del mundo.

Por último, si bien es cierto que al momento en que se escriben estas líneas, las legislaciones arbitrales de Argentina,[29]

28. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *"International Chamber of Commerce Arbitration"*, 3era. Ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, p. 5. "Latin American countries seem to be overcoming much of their traditional resistance to international arbitration. Parties from Latin America, who constituted only 3.8% of the ICC users in 1987, represented 9.8% in 1999. Latin America is now the fourth most frequently represented region in ICC arbitration after Western Europe, North America and the Far East. This included twelve countries with more than five nationals represented in ICC arbitral proceedings".
Los autores en la Tabla No. 5 (pp. 732-733) de su colosal obra identifican que de 1989 a 1999, 241 empresas o personas latinoamericanas participaron como demandantes y 306 como demandados en arbitrajes ante la CCI, destacando por su número partes de México, Panamá, Argentina, Brasil y Venezuela, en ese orden.
Paul E. Mason y Mauricio Gomm-Santos, "New Keys to Arbitration in Latin-America". En: Journal of International Arbitration, Vol. 25, No. 1, 2008, pp. 46-47. "Latin America has seen phenomenal growth in institutional arbitration over the last decade. Cases from Latin America in ICSID, the ICDR/AAA, ICC, WIPO and LCIA have been growing at rising rates".
29. Respecto a la legislación arbitral argentina, Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit., pp. 100-101, la critica abiertamente, al afirmar que "legal reform has not reached out yet to all Latin American national jurisdictions. Argentina is an example in spite of several past or presently ongoing attempts to introduce or pass legislation to overcome the present unsatisfactory situation". En el año 2001, el Ministerio de Justicia presentó al Congreso Federal un proyecto de Ley Federal de Arbitraje desarrollado a partir de la Ley Modelo de UNCITRAL. Sin embargo, hasta el momento en que se escriben estas líneas, el proyecto sigue encarpetado en el Congreso. Para una revisión de la actual legislación arbitral argentina, como del proyecto de Ley Federal de Arbitraje, recomendamos leer a: Alessandro Spinillo y Emilio Vogelius, "Argentina". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 17-59; María Beatriz Burghetto, "Current Status of Arbitration Legislation in Argentina". En: *Journal of International Arbitration*, vol. 21, nro. 6, 2004, pp. 479-498; y Fernando Aguilar, "¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?".
En: La Ley, www.laleyonline.com.ar/app/laley/documentBody?num2re=20&collection. La Ley Federal de Arbitraje se ubica en: www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/argentina/libro6.asp. Por su parte, el proyecto de Ley Federal de Arbitraje se ubica en:
www.servilex.com.pe/arbitraje/argentina/ley_pdf.pdf.
Las cortes argentinas han emitido en los últimos años una serie de fallos (Cartellone, Yacyretá, National Grid, entre otros) que preocupan significativamente por su poca (acaso nula) actitud en pro del arbitraje. Sobre este particular, leer a: Pablo F. Richards y Guido Barbarosch, "Argentina". En Global Arbitration Review –The Arbitration Review of The Americas 2008, www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/48/argentina; y Paul E. Mason y Mauricio Gomm-Santos, "New Keys to Arbitration in Latin-America" ob. cit., pp. 33-34.

República Dominicana,[30] Trinidad y Tobago[31] y Uruguay,[32] entre otras,[33] mantienen disposiciones arbitrales anticuadas y poco amigables para la práctica del arbitraje, donde más se aprecia el cambio en pro del arbitraje es en el número importante de recientes legislaciones arbitrales dictadas en más de una docena de países en poco más de una década. A saber: Bermuda (1993), Bolivia (1997), Brasil (1996), Colombia (1998), Costa Rica (1997), Chile (2004), Ecuador (1997), El Salvador (2002), Guatemala (1995), Haití (2006), Honduras (2000), México (1993), Nicaragua (2005), Panamá (1999), Paraguay (2000), el Perú (1996/2008) y Venezuela (1998).[34]

30. Las disposiciones arbitrales de República Dominicana contenidas en el Código de Procedimientos Civiles (Libro III), modificado por la Ley 845 de 15 de julio de 1978, se ubican en: www.servilex.com.pe/arbitraje/repdominicana/legrd.html. Sobre este particular, leer a: Rafael E. Cáceres R., "Experiencia dominicana en arbitraje". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/repdominicana/artrcrd.html.
31. En lo que se refiere a la legislación arbitral de Trinidad y Tobago (1939), leer: "ALCA. Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias. Cuestionario", www.ftaa.alca.org/busfac/comarb/trinidad/questris.asp, pp. 1-5.
32. Las disposiciones sobre arbitraje contenidas en la Ley 15.982, Código General del Proceso (Título VIII) del Uruguay, se ubican en: www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/Uruguay/L15982s.asp. El 25 de mayo de 2004, el Ejecutivo uruguayo remitió al Congreso un proyecto de Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional. Sin embargo, hasta el momento en que se culminó este trabajo no había sido promulgado. Sobre este particular, leer a: Sandra González, "Uruguay". En: Global Arbitration Review –The Arbitration Review of The Americas 2008, www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/57/uruguay.
33. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (www.cejamericas.org/reporte/muestra_pais.php) y el SICE (www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/canale.asp) no identifican la existencia de legislaciones arbitrales en Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, St. Kitts and Nevis y Surinam. Sin embargo, la Ley de Arbitraje de Guyana (de 1916, reformada en 1929 y 1953) y la Ley de Arbitraje de Belice (de 1926, reformada en 1932) se ubican en: www.gina.gov.gy/gina-pub/Laws/cap703.pdf y www.belizelaw.org/lawadmin/pdf%20files/cap125.pdf, respectivamente.
34. Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, pp. 95-96. "There is no doubt –it has by now become almost truism- that Latin America has become a more fertile ground than before for the development of commercial arbitration [...] one of the dominant characteristics of the evolution of commercial arbitration in Latin America during the last ten years has been the proliferation of new legislation regarding commercial arbitration in this part of the world". Sobre el particular, leer a: Thomas E. Carbonneau, "The Ballad of Transborder Arbitration", ob. cit., pp. 783-785.

II. ¿Existe un Marco Legal Adecuado para la Práctica del Arbitraje Comercial Internacional en la Región?

Creemos que no, como trataremos de demostrar seguidamente, agrupando para el efecto a las leyes arbitrales en cuatro categorías.

II.1 Legislaciones que no distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales y que, además, sus disposiciones son tan localistas y alejadas de los estándares internacionales, que resultan muy poco amigables para la práctica del arbitraje comercial internacional dentro de sus fronteras[35]

En este grupo ubicamos a las legislaciones arbitrales de Brasil, Costa Rica y Venezuela.

El caso de Brasil es digno de destacar, ya que si bien cuenta con una reciente legislación arbitral –Ley de Arbitraje 9307– no distingue entre arbitraje nacional y arbitraje internacional[36] y, además, aún mantiene disposiciones poco modernas.[37]

Esta ley tiene serios errores, como el de mantener, por lo menos en parte, la clásica distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.[38] Además, como explica Bosco,[39] exis-

35. Nigel Blackaby, David M. Lindsey y Alessandro Spinillo, "Overview of Regional Development", ob. cit., p. 7. "Unfortunately, several countries did not opt for the Model Law but insisted on developing their own projects. They took certain elements of the Model Law but introduced aspects of their own historic arbitral procedures which they considered appropriate or which raised issues of public policy, without examining the effect of these elements on foreign parties. The countries which fall within this category include Brazil (Law of 1996), Colombia (Law of 1996) and Costa Rica (Law of 1997)".
36. En nuestra opinión, este solo hecho convierte al Brasil en un foro arbitral internacional muy poco atractivo.
37. La Ley de Arbitraje se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/brasil/leyarbbra.html. Sobre el tema, leer a: Carlos Nehring Netto, "The New Brazilian Arbitration Law". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 11-14.
38. Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 101. "[T]he new Brazilian Act maintains the 'compromiso' (apparently... on the basis of an interpretation of Article 5 of this statute a 'compromiso' is not required when the parties have agreed on institutional arbitration or on the application of an ad-hoc arbitration rules excluding the 'compromiso')". Sobre el tema, leer a: Carlos Nehring Netto, "The New Brazilian Arbitration Law". En: *The*

te falta de claridad acerca de la aplicación del principio de la competencia de los árbitros para definir su propia competencia y no existe norma alguna que regule la forma de determinar la ley aplicable al fondo de la controversia.

Se trata pues de una ley de arbitraje poco moderna y alejada significativamente de los estándares internacionales, por lo que resulta muy poco amigable para la práctica del arbitraje internacional. Es más, nos atrevemos a afirmar que inclusive limita gravemente el desarrollo del arbitraje doméstico.[40]

El caso de Costa Rica es similar al de Brasil, ya que se trata de una ley de arbitraje absolutamente localista y con ninguna vocación para atraer conflictos internacionales a sus fronteras.

En efecto, Costa Rica aprobó su Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social 7727 en 1997. La norma, si bien ha significado una importante mejora en las reglas de juego sobre arbitraje en comparación con el anterior marco legal existente en ese país, lo cierto es que no cuenta con reglas especiales en materia de arbitraje internacional, obligando por tanto a arbitrar bajo disposiciones domésticas muy poco amigables.[41]

Este también es el caso de Venezuela, país que, si bien cuenta con una reciente Ley de Arbitraje Comercial 26.430[42], posee

ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement, 1997, pp. 11-14.

39. Joao Bosco Lee, "Brazil". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 61-88.
40. Las cortes del Brasil han emitido en los últimos años una serie de fallos (Copel, Compagás, CEEE, entre otros) que si bien han estado referidos a la intervención de entidades y empresas públicas en arbitrajes, no dejan de preocupar, debido a la facilidad con la que las cortes se entrometen durante el desarrollo de los procesos arbitrales. Sobre este particular, leer a: Paul E. Mason y Mauricio Gomm-Santos, "New Keys to Arbitration in Latin-America" ob. cit., pp. 33-36.
41. La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/costa rica/7727cr.html.
42. Aqui hay que tener mucho cuidado. Esta ley solo se aplica respecto a cuestiones que el Código de Comercio de Venezuela define como "comerciales". Si una controversia no es considerada "comercial", uno podría acabar arbitrando en Venezuela al amparo de normas arbitrales obsoletas contenidas en el Código Procesal Civil de ese país. Bernardo Weininger y David M. Lindsey, "Venezuela". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo

disposiciones que tampoco distinguen entre arbitraje nacional y arbitraje internacional,[43] y, además, existen muchos vacíos y lagunas que habilitan la intervención judicial durante el procedimiento arbitral.[44]

Es más, como explican Anzola y Zumbiehl,[45] recientes fallos del Tribunal Supremo de Justicia demuestran una actitud muy poco amigable hacia el arbitraje. Así, por ejemplo, se ha desconocido la competencia de los árbitros para pronunciarse acerca de su propia competencia.

Estamos pues ante la presencia de una legislación y de una conducta jurisprudencial que no tienen como vocación atraer conflictos internacionales.[46]

(editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 230. "The new law... applies only to arbitration of disputes arising from commercial activities (Article 1 of the Arbitration Law). Article 2 of the Venezuelan Commercial Code... provides a list of several activities that are considered commercial. In addition, Article 3 of the Commercial Code contains a presumption that activities performed by merchants are deemed commercial activities. Non-commercial arbitration matters continue to be subject to... Civil Procedure Code arbitration rules...". La Ley de Arbitraje Comercial se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/venezuela/leyarve.html.

43. La ley como indican Ninfa Urdaneta y John H. Rooney, Jr., "The Law and Practice of International Commercial Arbitration in Venezuela". En: *World Arbitration & Mediation Report*, vol. 11, nro. 1, 2000, p. 20, "does not distinguish between international and domestic arbitration", lo que, en nuestra opinión, este solo hecho la hace poco amigable para la práctica del arbitraje internacional.

44. Bernardo Weininger, "Validity of arbitral agreement and enforcement of arbitral awards in Venezuela", documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, p. 5. "The Arbitration Law contains several loopholes that may result in the intervention of the judiciary during the course of an arbitral procedure. Hence, this shall be carefully reviewed before including any contractual provision submitting to any agreement to arbitrate under the rules of the Arbitration Law".

45. J. Eloy Anzola y Frédéric Zumbiehl, "El Tribunal Supremo de Venezuela riñe con el arbitraje", documento presentado en el Second Annual Conference "International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective", International Chamber of Commerce, Miami, 2004, pp. 1-40.

46. Sobre este particular, leer a: Nigel Blackaby y Sylvia Noury, "International Arbitration in Latin America". En: *Latin Lawyer Review*, 2005, p. 2.

II.2 Legislaciones que si bien distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, al aplicar al arbitraje internacional un número importante de disposiciones locales, terminan por convertir a esos foros en poco amigables para la práctica de arbitrajes comerciales internacionales

Aquí el ejemplo más claro es Colombia,[47] ya que aun cuando distingue entre arbitraje nacional y arbitraje internacional,[48] apenas cuenta con dos artículos aplicables a este último.[49]

Debido a la falta de reglas precisas para el desarrollo de arbitrajes internacionales, es de prever que serán de aplicación las normas sobre arbitraje nacional o doméstico, las cuales son sumamente localistas y se apartan significativamente de los estándares internacionales.[50]

47. Colombia cuenta con el Decreto 2279 (1989), que ha sido modificado por la Ley 23 (1991), el Decreto 2651 (1991), la Ley 315 (1996) y la Ley 446 (1998). Todas estas disposiciones han sido consolidadas en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Decreto 1818 (1998). El Decreto 1818, se ubica en: www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/Colombia/D1818I.asp.
48. El artículo 1 de la Ley 315 (numeral 196 del Decreto 1818) dispone: "Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:
    1. Que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
    2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
    3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.
    4. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional...".
49. El artículo 2 de la Ley 315 (numeral 197 del Decreto 1818), dispone: "El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero". Sobre el particular, leer a: Marco Gerardo Monroy Cabra, "El arbitraje internacional en Colombia". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-07.html; y Fernando Mantilla-Serrano, "Colombian Arbitration Legislation". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 21-31.
50. Sobre este particular, leer a: Fernando Mantilla-Serrano, "Colombia". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 111-134.

Por estas razones, nosotros consideramos que se trata de una plaza poco atractiva para la práctica del arbitraje internacional.[51]

En la misma situación se encuentra Ecuador, ya que su Ley de Arbitraje y Mediación 145/97,[52] si bien distingue entre arbitraje nacional y arbitraje internacional,[53] no cuenta con regulación alguna respecto a este último.[54]

En consecuencia, aquí también será previsible la aplicación de la normatividad doméstica, la cual es poco amigable para la práctica del arbitraje internacional.[55]

En el mismo grupo ubicamos a las legislaciones arbitrales de Bolivia,[56] El Salvador,[57] Honduras,[58] Panamá,[59] Nicaragua[60] y

51. Al momento en que se escriben estas líneas, se viene discutiendo en el Congreso colombiano un proyecto de ley de arbitraje. Aun cuando el proyecto sigue de cerca la Ley Modelo de UNCITRAL, lamentablemente mantiene disposiciones poco amigables para la práctica del arbitraje internacional en ese país.
52. La Ley de Arbitraje y Mediación se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/ecuador/leyarbitraje.html.
53. El artículo 41 dispone: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o, b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional".
54. El artículo 42 establece: "El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.
Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero...".
55. Sobre el tema, leer a: Ramiro Salazar Cordero, "Ecuador". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 135-154; Alfredo Larrea-Falcony, "Arbitration in Ecuador". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 41-48; y Xavier Andrade Cadena, "Las ventajas del arbitraje internacional: una perspectiva ecuatoriana". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/ colaboraciones/ventajas_internacional.html, pp. 5-14.
56. La Ley de Arbitraje y Conciliación 1770 cuenta con un título especial en materia de arbitraje internacional. La ley considera internacional a un arbitraje desarrollado en territorio boliviano, cuando: "Artículo 71.- I. A los efectos de la presente ley, un arbitraje será de carácter internacional, en los casos siguientes:
1. Cuando al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

2. Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.
3. Cuando las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado.
II. A los efectos de determinar el carácter internacional de un arbitraje, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento para el ejercicio de sus actividades principales, se considerará aquel que guarde relación con el convenio arbitral. Cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual". La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/bolivia/leyarbo.html.

57. El artículo 3(h) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Decreto 914-2002, dispone: "Arbitraje Internacional: El que se da en cualquiera de los siguientes casos:
1) Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes.
2) Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
a) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el Convenio Arbitral, o con arreglo al mismo sea distinto.
b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha". La ley se ubica en: www.camarasal.com/leyespdf/LEY%20DE%20MEDIACION,%20CONCILIACION%20Y%20ARBITRAJE.pdf.

58. El artículo 86 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto 161-2000, dispone: "El arbitraje es internacional en los siguientes casos:
1) Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes.
2) Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
a) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al mismo sea distinto.
b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha". La ley se ubica en: www.biblio.unah.edu.hn/docum/arch/ley_de_conciliacion.pdf.

59. El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, Decreto Ley 5 de 1999, dispone: "El arbitraje comercial internacional es, de conformidad con el presente Decreto-Ley, cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional. También se considerará que el arbitraje es comercial internacional al concurrir alguna de las circunstancias siguientes:
1. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus establecimientos u oficinas en Estados diferentes.
2. Si el lugar de arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
3. Si el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
4. Si el lugar con respecto al cual la controversia guarda una relación más estrecha, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
5. Si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales". La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/panama/leyarpa.html.

60. El artículo 22 de la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley 540 de 2005, dispone: "Un arbitraje será internacional cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus respectivos domicilios en Estados diferentes.
También tendrá el carácter de arbitraje internacional cuando uno de los lugares enumerados a continuación está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios:
1. El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha. [...]
También se reconocerá como arbitraje internacional cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado". La ley se ubica en: http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf($All)/D0489E6135592D16062570.

Haití[61], que tienen en común el mismo problema ya detectado, aunque sus disposiciones locales se apartan en menor grado de los estándares internacionales. Sin embargo, la sola existencia de estas normas locales hace poco atractiva la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras.

Este problema es reconocido, por ejemplo, por la doctrina panameña, la que identifica que aun cuando su ley de arbitraje ha recogido casi en su integridad la Ley Modelo de UNCITRAL, lo cierto es que se aplican diversas disposiciones locales que limitan significativamente la práctica del arbitraje internacional.[62]

II.3 Legislaciones que aplican a todo arbitraje que se desarrolle dentro de sus fronteras los mismos estándares idóneos para la práctica del arbitraje internacional, al haber adoptado prácticamente en su integridad la Ley Modelo de UNCITRAL[63]

Nos referimos fundamentalmente a México[64] y Perú[65] y, en menor medida y en ese orden, a Guatemala y Paraguay.

En efecto, México ha sido el primer Estado latinoamericano en modernizar su legislación sobre arbitraje, al haber realizado

61. Artículo 971 del Código de Procedimientos Civiles, según modificación de 2006: "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérets du commerce international".
62. Sobre el tema, leer a: Gilberto Boutin, "La noción de arbitraje comercial internacional". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-03.html; y Ulises Pittí G. "La regulación del arbitraje, la conciliación y la mediación en la legislación panameña". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-04.html.
63. Nigel Blackaby y Sylvia Noury, "International Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 2. "The arrival of the Model Law was well timed for Latin America: it offered legislators a means of implementing a new and modern legislation without the need to 'reinvent the wheel' and ensured that the lack of an arbitral tradition did not prejudice the quality of any new law. It was the best starting point for Latin America, which in general did not have such an arbitral tradition".
64. Claus von Wobeser, "México". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 191. "Mexico's quick adoption of the Model Law and its clear policy stance in favour of arbitration has made it the jurisdiction of choice for hosting international arbitrations in Latin America".
65. Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Caivano, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad". En: Revista Peruana de Arbitraje, No. 7, Lima, 2008, pp. 43-84.

modificaciones a las disposiciones arbitrales contenidas en el Código de Comercial Federal en el año de 1993,[66] adoptando esencialmente la Ley Modelo de UNCITRAL.[67]

Sin embargo, cabe recordar que México es un Estado federal,[68] por lo que esta moderna ley de arbitraje[69] se aplicará exclusivamente cuando la materia controvertida sometida a arbitraje sea considerada comercial[70] conforme a las disposiciones del Código de Comercio Federal.[71]

Caso contrario, uno correrá el riesgo de someter una controversia a arbitraje bajo regulaciones estatales muy poco amigables para la práctica del arbitraje internacional.[72]

66. Julio C. Treviño, "International Commercial Arbitration in Mexico". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, p. 54. "The current legislation on commercial arbitration... was introduced by the Mexican Federal Congress as an amendment to the existing Federal Code of Commerce... as Title IV, Book V...".
67. Ibídem, p. 54. "The new law substantially incorporates the UNCITRAL Model Law of 1985... plus several provisions taken from the UNCITRAL Arbitration Rules of 1976 regarding costs, and a few procedural rules".
68. Ibídem, p. 54. "Mexico is a Federal Republic composed of 31 states and a Federal District. Therefore, there is a dual system of federal and state laws and courts; and under the Federal Constitution, the Federal Congress has the exclusive jurisdiction to legislate on commercial matters, including commercial arbitration. Thus, the legislation on commercial arbitration in force, both domestic and international, is federal law and is applicable across the nation. Under certain circumstances, state procedural law may be applied to supplement the law on commercial arbitration". Claus von Wobeser, "México", ob. cit., p. 158. "Mexico's Constitution provides for a federal system of government which the Federal Congress has the authority to make laws in specific areas, such as commercial laws, including commercial arbitration. The state congresses may pass laws on the matters not reserved to the federal congress such as arbitration rules in civil matters".
69. El artículo 1416(III) del Código de Comercio Reformado de México (1993) contiene una definición sobre arbitraje internacional, con el siguiente tenor: "Arbitraje internacional, aquel que:
a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o
b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento". Sin embargo, las normas arbitrales se aplican por igual a todos los arbitrajes comerciales que se desarrollen en México, sean estos nacionales o internacionales.
70. El artículo 1415 del Código de Comercio Reformado de México (1993) dispone: "Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional...".
71. Francisco González de Cossío, "Prognosis de la salud arbitral mexicana", www.camex.com.mx/prognosis.pdf, realiza un análisis de la actitud de los tribunales judiciales mexicanos frente al arbitraje.
72. Sobre el tema, leer a: Claus von Wobeser, "México", ob. cit., pp. 155-191; y Julio C. Treviño, "International Commercial Arbitration in Mexico", ob. cit., pp. 54-60. La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/legmx.html.

En todo caso, si bien como indica González de Cossío, la salud arbitral de México "muestra groso modo un paciente sano",[73] no es menos cierto que preocupa sobremanera la decisión de la Corte Suprema de ese país de limitar el principio Compétence-Compétence, como la recurrente utilización del amparo.[74]

En el caso del Perú, este país recientemente ha dictado una nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo No. 1071, publicado el 27 de junio de 2008 y vigente desde el 1° de septiembre de 2008), que reemplaza a la Ley General de Arbitraje (Ley 26572) de 1996.

Si bien esta nueva Ley de Arbitraje identifica en su artículo 5 la existencia de arbitrajes internacionales,[75] su normativa claramente estandarizada con la Ley Modelo de UNCITRAL (inclusive con los últimos cambios promovidos en el año 2006) aplica tanto a éstos, como a los arbitrajes domésticos o nacionales,[76]

73. Francisco González de Cossío, "Prognosis de la salud arbitral mexicana", ob. cit., p. 39.
74. Sobre este particular, leer a: Leonel Pereznieto Castro y James A. Graham, "El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana". En: Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, No. 2, Lima, 2007, www.limaarbitration.net/LAR2/leonel_pereznieto_castro_james_a_graham.pdf, pp. 240-249; Omar Guerrero Rodríguez y César Martínez Alemán, "Mexico: Judicial Precedents in Arbitration". En: Global Arbitration Review –The Arbitration Review of The Americas 2008, www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/52/mexico; y, Francisco González de Cossío, "Prognosis de la salud arbitral mexicana", ob. cit., pp. 3-20.
75. El artículo 5 de esta ley dispone: "Artículo 5°.- Arbitraje internacional.- 1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
b) Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
c) Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral".
De conformidad con este marco legal, necesariamente será internacional cualquier arbitraje que se desarrolle entre personas o empresas domiciliadas en el extranjero, o cuando al menos una de las partes no domicilie en el Perú. La Ley General de Arbitraje se ubica en: www.amcham.org.pe/arbitraje/LEGISLACION/pdf/Ley_de_Arbitraje_Peru_2008.pdf.
76. En los hechos, la nueva Ley de Arbitraje es una ley monista, aunque al arbitraje internacional aplican algunas pocas disposiciones particulares: Artículo 2.2. (participación de Estados en arbitrajes internacionales); artículo 13.7 (ley aplicable al convenio arbitral); artículo 16.4 (excepción de convenio arbi-

posibilitando de esa manera la práctica plena del arbitraje dentro de sus fronteras.[77]

En el caso de Guatemala, si bien la Ley de Arbitraje 67-95 se aplica tanto al arbitraje nacional como al internacional,[78] a diferencia de la legislación mexicana contiene algunas pocas disposiciones locales, que en algunos casos pueden resultar poco amigables para la práctica del arbitraje internacional.[79]

---

tral); artículo 22.1 (no se requiere ser abogado para participar como árbitro en arbitrajes internacionales); artículo 57.2 (normas jurídicas aplicables al fondo); y, artículo 63.8 (posibilidad de renunciar al recurso de anulación). Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Caivano, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad", ob. cit., pp. 50-56.

77. El Tribunal Constitucional peruano, en sentencia de 28 de febrero de 2006, en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC LIMA FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, ha establecido como Fundamento Jurídico Vinculante, lo siguiente: "11. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la 'kompetenz-kompetenz' previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje –Ley No. 26572-, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia... incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial". Este importante fallo se puede ubicar en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005.HC.html. White & Case, International Disputes Quarterly –Focus on Arbitration in Latin America, Fall 2007, p. 18. "A decision by the Peruvian Constitutional Court reaffirms Peru's commitment to arbitration as an effective means of dispute resolution, further consolidating a legal framework developed over the past two decades".

78. La Ley de Arbitraje 67-95 establece en su artículo 1: "La presente ley se aplicará al arbitraje nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional...".
Artículo 2(1).- "Un arbitraje es internacional, cuando:
a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o
b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:
i) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha; o
c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionado con más de un Estado".

79. Sobre el tema, leer a: Rafael Bernal Gutiérrez, "El arbitraje en Guatemala", Apoyo a la Justicia, Centro de Arbitraje y Conciliación (Cenac), Guatemala, 2000; y Marcos Ibargüen S., "Arbitration in Guatemala". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 45-49. La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/leyargu.html.

Por último, Paraguay[80] cuenta con una normativa bastante interesante basada en gran medida en la Ley Modelo de UNCITRAL. Sin embargo, llamamos la atención acerca de que esta ley permite en muchas oportunidades la intervención judicial, por lo que habrá que verificar la reacción de los tribunales de justicia locales para confirmar o descartar a Paraguay como un centro potencial de arbitrajes internacionales.

II.4 Legislaciones que distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales y que han establecido los estándares idóneos para la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras, al haber adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL

En este grupo identificamos en primer lugar la Ley de Arbitraje Comercial Internacional 19971 de Chile, que permite contar con una buena legislación arbitral internacional,[81] aunque

80. El artículo 3(c) de la Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación considera como arbitraje internacional "aquel en el cual:
1. las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes; o
2. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos". La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/ley.doc.

81. El artículo 1 de esta ley publicada el 30 de setiembre de 2004 dispone: "Artículo 1.- Ámbito de aplicación.
1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.
3) Un arbitraje es internacional si:
a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
i) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

mantiene vigente un marco legal aplicable al arbitraje nacional o doméstico que es ineficiente y anticuado.

Aquí pues será imprescindible confirmar que la controversia será considerada en este país como "comercial internacional", ya que, de lo contrario, y como ya indicamos, se aplicará una regulación anticuada e ineficiente.[82]

Por último, en Bermuda puede decirse que se presenta una situación similar a la de Chile, ya que cuenta con una excelente Ley de Conciliación y Arbitraje Internacional (1993),[83] adoptada

---

4) A los efectos del numeral 3) de este artículo:
a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley". La ley se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/chile/leyarbinter.html. Sobre el particular, leer a: Cristián Conejero Roos, "The New Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law". En: *Journal of International Arbitration*, vol. 22, nro. 2, 2005, pp. 149-162.

82. La legislación preexistente a la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional mantiene su vigencia para el arbitraje local, estableciéndose así un régimen dual: un arbitraje internacional moderno, frente a un arbitraje doméstico o nacional ineficiente y anticuado. Sobre la legislación arbitral chilena previa a la reforma, que mantiene su vigencia para los arbitrajes nacionales o domésticos, Carlos Urenda Z., "Recent Developments in National and International Arbitration in Chile", documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, p. 3, afirma que "[l]a aplicación del derecho interno es manifiestamente insuficiente para hacer atractivo someter a árbitros chilenos o a procedimientos locales inapropiados los arbitrajes internacionales y atraer la confianza de las grandes empresas de todos los países del mundo que celebran toda clase de contratos cuando deciden hacer negocios en Chile". Sobre el tema, leer a: Hernán G. Somerville, "Arbitration in Chile". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 15-20; y Carlos Eugenio Jorquiera y Karin Helmlinger, "Chile". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 89-110. La ley aplicable al arbitraje doméstico o nacional se ubica en: www.servilex.com.pe/arbitraje/chile/cpccl.html.
Este sistema legal dual que propone normas legales diametralmente diferentes parece que está generando problemas en este país. En efecto, nosotros hemos tenido acceso a dos fallos judiciales (de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de 3 de mayo de 2006 y de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de 25 de mayo de 2006), en los que si bien se denegaron los recursos interpuestos, lo cierto es que en ambos casos la discusión giró en torno a determinar si los arbitrajes iniciados eran nacionales o internacionales, ya que de ello dependía la aplicación de la normatividad correspondiente. Obviamente preocupa que deba recurrirse al Poder Judicial previo al inicio de un arbitraje para que se determine si se aplica la moderna Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional o la vetusta legislación doméstica de arbitraje.

83. La Ley de Conciliación y Arbitraje Internacional se ubica en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=11868.

conforme a la Ley Modelo de UNCITRAL y, al mismo tiempo, mantiene una menos eficiente Ley de Arbitraje de 1986, aplicable a los arbitrajes domésticos.[84]

III. Consecuencias y Alternativas de Solución

Como hemos identificado, en realidad son muy pocas las legislaciones arbitrales que pueden ser consideradas como modernas y amigables para la práctica del arbitraje internacional en la región.[85]

Con este estado de cosas, resulta muy difícil fomentar el intercambio comercial privado entre nuestras fronteras, ya que las partes se ven imposibilitadas, o al menos seriamente limitadas para poder pactar el arbitraje, simplemente porque la mayoría de nuestros países no están preparados para acoger arbitrajes comerciales internacionales.

En efecto, hoy por ejemplo es muy difícil que una empresa peruana y otra colombiana pacten el arbitraje (salvo que quieran y puedan hacerlo en México, Estados Unidos o Europa) en algu-

84. Narinder K. Hargun y Jeffrey P. Elkinson, "Bermuda". En: *International Handbook on Commercial Arbitration*, J. Paulsson (editor), Supplement 18, 1994, p. 1. "The Bermuda International Conciliation and Arbitration Act 1993... became operative on 29 June 1993. The 1993 Act provides that the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration... shall have the force of law in Bermuda... Bermuda has two systems of arbitration law; the Model Law, applying to international arbitrations... and the Arbitration Act 1986... applying to domestic arbitration".

85. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, "Ley de Arbitraje Comercial Internacional para Chile". En: www.camsantiago.com/actividades/noticias/ley_arb_com_internac.html, p. 3. "El último libro sobre arbitraje internacional en Latinoamérica de los autores Nigel Blackaby y otros, editado el año 2002 por Kluwer Law International (International Arbitration in Latin America)... [identifica] que en los arbitrajes comerciales internacionales que tienen contrapartes latinoamericanas, se escogen hoy como sedes en forma habitual Nueva York, París y Miami. Madrid no es escogido como sede, aunque debiera serlo por razones de idioma, por la falta de una legislación adecuada [sin embargo, España acaba de aprobar una excelente Ley de Arbitraje]. En el caso de partes de habla portuguesa, como ocurre con Brasil, lo normal sería que se escoja a Lisboa como sede, cuestión que tampoco ocurre por las mismas razones de Madrid y por haber suscrito además solo en forma muy reciente la Convención de Nueva York. Si alguna de las partes insiste en designar como sede a un país de la Región, el escogido por excelencia resulta ser México. Otros posibles elegidos, aunque con dificultades por razones de estabilidad política y económica, son Perú y Colombia. Chile [que ahora cuenta con una excelente Ley de Arbitraje Internacional] y Argentina no son escogidos bajo ningún respecto, por no contar con una ley de arbitraje internacional".

no de los Estados que conforman la Comunidad Andina de Naciones, simplemente porque Bolivia, Colombia y Ecuador cuentan, para estos efectos, con legislaciones arbitrales poco amigables. Además, en este ejemplo, el Perú no siempre es una alternativa, debido al tema de la neutralidad.

Pero, además, aun cuando se pudiera afirmar que la gran mayoría de los Estados latinoamericanos cuentan con legislaciones aptas para la práctica del arbitraje comercial internacional (que como hemos identificado no es el caso), igual tendríamos que enfrentar un significativo problema adicional:

> "La existencia de distintos ordenamientos jurídicos internos, con variados requisitos para la validez y eficacia del arbitraje, genera inconvenientes de tal magnitud que pueden derivar en la inoperatividad del arbitraje internacional, pues constituye un hecho innegable que las naciones legislan con el objeto de regular su realidad interna, y el arbitraje internacional excede largamente ese ámbito".[86]

En otras palabras, aun cuando la gran mayoría de los países latinoamericanos estuvieran preparados para recibir arbitrajes comerciales internacionales dentro de sus fronteras, lo cierto es que muchos de ellos cuentan con tantas disposiciones locales o particulares, que resulta una tarea casi titánica el poder preverlas al momento de pactar el arbitraje.[87]

Ante este estado de cosas, la primera alternativa de solución sería intentar que todos los países de la región unificaran sus legislaciones arbitrales.

86. Felipe Osterling Parodi, "La necesidad de unificar las normas sobre arbitraje en América Latina como consecuencia de la globalización". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/peru/artfope.html, p. 2. Gabrielle Kaufmann-Kohler, "International Commercial Arbitration: Globalization of Arbitral Procedure". En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, p. 1322. "Consensus on principles does not mean agreement on details".
87. Sobre este particular, recomendamos leer a: Cristian Conejero Roos, "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica". En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 4, Bogotá, 2006, pp. 13-103.

Si bien expertos de la talla de Caivano consideran viable esta posibilidad,[88] nosotros no creemos que nos llevará a buen puerto.

La razón es muy simple: Nadie niega que, en poco más de diez años, Latinoamérica ha dado señales claras en favor del arbitraje[89] y que, como explica Griguera,[90] las nuevas legislaciones arbitrales están orientadas a la adopción de principios y reglas sobre arbitraje comercial que prevalecen en el mundo y que cuentan con un amplio consenso.[91]

Sin embargo, aquí el problema se presenta con las pequeñas ("grandes") diferencias, con las "excepciones" localistas que impiden una clara armonización, y, en muchos casos, con la existencia de importantes vacíos.[92]

88. Roque J. Caivano, "El arbitraje y los procesos de integración (su futuro en el Mercosur)", ob. cit., p. 783. "La generalizada ratificación de las convenciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Nueva York 1958 y Panamá 1975) y los procesos de unificación de las legislaciones internas sobre arbitraje va logrando superar los escollos que antiguamente hacían de los laudos arbitrales internacionales una herramienta poco eficaz frente a la resistencia de los jueces nacionales a darles cumplimiento forzado". Ulises Pitti G., "La regulación del arbitraje, la conciliación y la mediación en la legislación panameña", ob. cit., p. 2. "[L]os países deben realizar reformas tendientes a la modernización económica y jurisdiccional, antes de ingresar a las zonas de integración. Ello hace imperativo crear y desarrollar nuevas leyes para la solución expedita de las controversias, y la ratificación y la ejecución de las Convenciones de Panamá de 1975 y de Nueva York de 1958, dentro del ámbito de la aplicación de los Tratados de integración".
89. Rubén Santos Belandro, "Una nueva actitud de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje". En: www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/congreso_internacional_rsb.html, p. 6. "La consecuencia de este enorme esfuerzo codificador es que al día de hoy todas las legislaciones nacionales del continente –en mayor o menor medida– apoyan y alientan al arbitraje".
90. Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 96. "[T]he new texts do not denote the creation of a 'regional' arbitration culture that would differ from general trends fashioning the development of commercial arbitration in the world. On the contrary, the new legislative trends in Latin America are oriented towards the adoption of the general principles and rules concerning commercial arbitration prevailingly accepted or enjoying general consensus in the milieu of arbitral experts and practitioners, primarily as enshrined in the Model Law".
91. Cristian Conejero Roos, "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica". En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 4, Bogotá, 2006, pp. 31-33.
92. Nigel Blackaby, David M. Lindsey y Alessandro Spinillo, "Overview of Regional Development", ob. cit., p. 7. "Each exotic or unusual element is a good reason for foreign investors not to accept the location of the arbitration in the country in question. The desire of legislators to demonstrate that their country is different can only be lamented since the success of international arbitration in developing countries depends on the adoption of common solutions". Nigel Blackaby y Sylvia Noury, "International Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 2. "Unfortunately, several [Latin American] countries did not opt for the Model Law when updating their arbitration laws, insisting instead on developing their own projects. They took certain elements of the Model Law but introduced aspects of their own historic arbitral procedures which they considered appropriate or which raised issues of public policy, without examining the effect of these elements on foreign parties... Each exotic or unu-

Creemos, por tanto, que lo que se requiere es la adopción de convenios internacionales que permitan corregir el actual estado de cosas.

Para estos efectos, podría pensarse en la adopción de textos como los Protocolos Nos 3/98 y 4/98 que contienen una normativa específica en el ámbito del arbitraje comercial internacional privado, y que actualmente resultan aplicables a los cuatro países firmantes del Mercosur y entre éstos y los dos miembros que no son plenos (Bolivia y Chile), respectivamente.[93]

Se trata de dos instrumentos internacionales (aunque sustancialmente similares) de la mayor importancia para la consolidación del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, ya que, como explica Fraser,[94] no solo regulan el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales foráneos, sino que, además, y principalmente, establecen una regulación completa del arbitraje comercial internacional hacia el interior de los países que conforman el Mercosur y entre estos y sus socios (Chile y Bolivia).

---

sual element is a good reason for foreign investors not to accept the seat of the arbitration in the country in question. The desire of legislators to demonstrate that their country is different can only be lamented since the success of international arbitration in developing countries depends on the adoption of common solutions".

93. Alicia M. Perugini Zanetti, "Arbitraje comercial internacional en el Mercosur". En: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (coordinadores), Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 636-637. "Tales circunstancias normativas alentaron a la Reunión de Ministros de Justicia a instruir a la Comisión Técnica para que elabore un texto común que responda a los problemas insatisfechos y que permita un solo lenguaje arbitral en los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Una solución unívoca tornaría previsible para los protagonistas del proceso arbitral –las partes, los árbitros y los jueces– el tratamiento que recibirá este sistema alternativo adversial en las distintas etapas del proceso en cada uno de los Estados. Por otra parte, un texto común tendría un efecto residual: contribuiría por sí mismo a promover el arbitraje, lamentablemente, no demasiado difundido en la práctica de los diferentes países de la región".

94. David Fraser, "Arbitration in Latin America: An Overview". En: *International Arbitration Law Review*, vol. 5, nro. 2, 2002, p. 65. "This is not a convention dealing only with the recognition and enforcement of arbitration awards in the Mercosur countries; it is a complete code of arbitration law, including enforcement of foreign awards, regulating arbitration of international commercial contracts. It has been described as 'a new regime'".

En efecto, si bien no pretendemos analizar a fondo los protocolos,[95] destacamos el importante esfuerzo realizado por intentar uniformizar el tratamiento de los arbitrajes comerciales internacionales,[96] abordando para el efecto todas las áreas del arbitraje, como son: el ámbito de aplicación, el convenio arbitral (que se le da el nombre de convención arbitral), el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral, la competencia del tribunal arbitral, el laudo arbitral, los recursos contra los laudos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.[97]

Sin embargo, al mismo tiempo, identificamos algunos graves errores, como son: se otorga demasiada deferencia a la legislación del lugar del arbitraje para la regulación de algunos temas sensibles e importantes; su ámbito de aplicación es complicado y poco claro[98] y, al mismo tiempo, limitado[99]; existe una equívoca referencia a tratados distintos a la Convención de Nueva York para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros;[100] y se establecen ciertas condiciones y requisitos extraños a los estándares internacionales.[101]

95. Los protocolos se ubican en: www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC0398.asp y www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC0498.asp.
96. David M. Lindsey y Alessandro Spinillo, "International Commercial Arbitration in Mercosur". En: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 259, identifican que ambos protocolos han adoptado, aunque solo en parte, la Ley Modelo de UNCITRAL.
97. Luis O. Andorno, "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. Su posibilidad de aplicación a las empresas actuantes en el contrato de transporte multimodal de mercaderías". En: *Revista Jurídica Virtual del Programa de Investigación sobre Armonización de las Legislaciones*, www.salvador.edu.ar/sv91mu11-pub01-1-1-03.htm. Para un análisis exhaustivo, leer a: Alicia M. Perugini Zanetti, "Arbitraje comercial internacional en el Mercosur", ob. cit., pp. 638-666.
98. Nigel Blackaby, David M. Lindsey y Alessandro Spinillo, "Overview of Regional Development", ob. cit., p. 8. "[T]he scope of application of the agreements is complicated and unclear". David M. Lindsey y Alessandro Spinillo, "International Commercial Arbitration in Mercosur", ob. cit., p. 279. "The MAA are an attempt to improve arbitration legislation in the region, but they present important flaws in key matters such as their scope of application...".
99. María Rosa Cattaneo, "El arbitraje comercial internacional en el Mercosur, Bolivia y Chile. Su desarrollo reciente y perspectivas futuras". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-10.html, p. 5. "El ámbito de aplicación material es, a mi criterio, muy reducido, por cuanto se restringe a los contratos comerciales entre particulares, personas físicas o jurídicas del derecho privado... quedando excluidos otros negocios comerciales".
100. Jonathan Van Ee, "MERCOSUR Arbitration: A New Regime". En: *International Arbitration Law Review*, vol. 4, nro. 2, 2001, p. 58. "Article 23 of the Mercosur Agreement provides that enforcement of foreign arbitral awards in Mercosur countries shall be governed by a Mercosur Protocol, the

Aun así, como ya hemos expresado, ambos protocolos son valiosos en la tarea de trabajar por la consolidación de la práctica del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, por lo que deberían de servir de base para una acción conjunta más allá del MERCOSUR.[102]

En realidad, si logramos establecer reglas uniformes que habiliten a nuestros comerciantes y empresarios pactar el arbitraje en cualquiera de nuestros países, permitiendo así que elijan el lugar del arbitraje exclusivamente en razón de criterios como la neutralidad, los costos y los servicios, habremos avanzado en la dirección correcta para promover un verdadero crecimiento del comercio en nuestra región.[103]

Interamerican Convention, and the Montevideo Convention. Notably absent is the New York Convention, which is significant because, as the most comprehensive arbitration regime, one could expect to find incorporated in some manner. This absence is the biggest hurdle to incorporating the New York Convention through the Mercosur Agreement". Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit, p. 105. "[O]ne wonders why Mercosur countries did not follow the easier path of just ratifying the Panama or New York Conventions instead of creating and adopting special compacts governing the recognition and enforcement of arbitral awards for the Mercosur region".

101. Jonathan Van Ee, "MERCOSUR Arbitration: A New Regime", ob. cit., p. 57. "[T]he Mercosur Agreement uses distinctions the foreign lawyer may not be familiar with such as an arbitration agreement's 'formal validity' and 'intrinsic validity', which are both different from issues regarding the merits of the dispute. Also, there is the requirement that arbitrators abide by principles of contradictory (contradictorio) and free persuasion (libre convencimiento). If these distinctions are not respected an award may be set aside".

102. Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 99, entiende lo mismo cuando afirma: "These coordinated efforts, when properly undertaken from a common multinational approach, should have the beneficial effect of unifying rules and criteria for dealing with issues regarding arbitration procedures, arbitral clauses and awards in the different Latin American countries and hopefully thus enhance the predictability of the corresponding solutions irrespective of the national jurisdiction called to decide on them".

103. Jan Kleinheisterkamp, "Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone", ob. cit., p. 688. "Only if business could prosecute its claims beyond the national borders and without the traditional obstacles to recognition and enforcement, the risks of engaging with the interweavement promoted by the politics of integration could become manageable, thus breaking the path to the promised synergetic effects".

"PRIMERO LA VERDAD QUE LA PAZ;"[1] LA PROBLEMÁTICA DEL PERJURIO EN EL ARBITRAJE

Pedro J. Martínez-Fraga[2]
Raúl B. Mañón[3]

"La zorra conoce muchos trucos,
pero el puerco espín sólo conoce uno y muy bueno".

Archilochus, poeta griego (c. 680 BC - c. 645 BC)

"Entonces se preguntó a si mismo Pilato: ¿Qué es la verdad?"[4]

El Nuevo Testamento

1. Miguel de Unamuno, escritor y filósofo español (1864 - 1936).
2. Pedro J. Martínez-Fraga es socio del bufete internacional Squire, Sanders & Dempsey L.L.P., en donde lidera la práctica de litigio y arbitraje internacional para el Estado de la Florida y toda Latinoamérica. El Sr. Martínez-Fraga también co-lidera la coordinación del departamento de Resolución Alternativa de Disputas Internacionales del bufete respecto de Europa (oriental y occidental) y Asia. El Sr. Martínez-Fraga se ha desempeñado como profesor adjunto de la facultad de derecho de la *University of Miami* por los últimos ocho años, en donde imparte la asignatura de Litigio y Arbitraje Transnacional. El Sr. Martínez-Fraga es profesor visitante de la Universidad de Navarra en Pamplona, España, y Presidente del Centro Global de Resolución de Disputas de la Fundación Maiestas con sedes en Pamplona, España, y Beijing, China. El Sr. Martínez-Fraga ha impartido cátedras en más de veinte universidades en asuntos relacionados con el derecho internacional privado. El Sr. Martínez-Fraga ha escrito y publicado más de 50 artículos y tres libros en temas relacionados con el derecho internacional privado. El Sr. Martínez-Fraga es miembro de la lista de abogados para víctimas de la Corte Criminal Internacional de la Haya. El Sr. Martínez-Fraga cuenta con una Licenciatura en Derecho (*juris doctorate*) de *Columbia University* (becario Harlen Fiske Stone) del año 1987, con un Bachelor en Artes (B.A.) de St. John's College, Annapolis (con honores) del año 1984, y con un Magíster de la Universidad Complutense de Madrid, España, del año 2009. El Sr. Martínez-Fraga está incluido en el listado *The Who's Who of Commercial Arbitration* para el año 2008.
3. Raúl B. Mañón es abogado asociado del bufete Squire, Sanders & Dempsey L.L.P., adscrito el departamento de litigio y arbitraje internacional. El Sr. Mañón cuenta con una Licenciatura en Derecho (*juris doctorate*) de la *University of Miami* del año 2005 y con una Licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Santo Domingo, República Dominicana, del año 2000.
4. Cita que en su idioma original reza así: "λέγει αὐτῷ ὁ Πιλατος, Τί ἐστιν ἀλήθεια;"

A. Introducción

En su monografía lapidaria titulada *¿Qué es la Justicia*? Hans Kelsen comienza su diálogo retórico y algo circular con las siguientes palabras:

> Jesús de Nazaret, al ser interrogado por el gobernador romano, admitió ser un rey, mas agregó: "Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad". Pilato preguntó entonces: "¿Que es la verdad?". Es evidente que el incrédulo romano no esperaba respuesta al interrogante: el Justo, de todos modos, tampoco la dió. Lo fundamental de su misión como rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Jesús había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que deseaba se realizara en el Reino de Dios. Y por esa justicia fue muerto en la cruz. De tal manera, de la interrogación de Pilato: "¿Qué es la verdad?" y de la sangre del Crucificado, surge otra pregunta de harto mayor importancia, la sempiterna pregunta de la humanidad:"¿Qué es la justicia?".
> No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva: sólo cabe el esfuerzo por formularla mejor.

Independientemente del contexto o de la forma de la narrativa, la proposición de Hans Kelsen tiene un mérito irrefutable al sugerir que la administración equitativa de la justicia simple-

mente no se puede desasociar de la verdad. Sin tener que indagar sobre una verdad o verdades teocéntricas se es capaz de aspirar a verdades dentro de un marco de resolución de disputas entre partes contenciosas. Lastimosamente, la verdad, como concepto primordial en la formación y transformación de metodologías alternativas de resolución de disputas, particularmente en cuanto se refiere al arbitraje internacional, ha sufrido una embestida mortal cuando los preceptos de eficiencia, autonomía de partes, transparencia de pauta y certidumbre en el ámbito comercial han hecho posible que la consecución de la "verdad" se transfiriera de la esfera pública del soberano a la privada del tribunal de resolución de disputas. Al ser el arbitraje el hijo pródigo del contrato y no una expresión importante del ejercicio de soberanía por parte del soberano, se perdió, o así aseveran los autores de este artículo, de vista una premisa muy fundamental; *la verdad importa y tiene que tomarse en serio.*

Los falsos testimonios o el perjurio no encuentran dentro del contexto del arbitraje un andamiaje procesal que desanime a sus proponentes, ya que eliminarlos del todo es una tarea realmente imposible, toda vez que no se encuentran presentes en el arbitraje aquellos procedimientos de consecución de la verdad que son habituales en los procesos judiciales. De hecho, el énfasis en el arbitraje internacional de procurar declaraciones escritas facilita aún más la presentación de testimonios falsos y conscientemente inexactos, toda vez estas declaraciones frecuentemente se presentan como única prueba testimonial sin que el propio declarante se apersone a testificar a *viva voce* en la audiencia final. La comparecencia personal de los testigos a la audiencia final no sólo le permite al tribunal arbitral examinar el ademán y el comportamiento del testigo para determinar su credibilidad y la veracidad de sus declaraciones, sino que también, dependiendo de las metodologías o normas procesales implementadas por el tribunal arbitral,[5] faculta a las partes a que contra-interroguen

5. En este sentido, vale la pena mencionar que las Reglas del *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (las "Reglas de la IBA") contemplan la posibilidad de que las partes contra-interroguen a los testigos adversos.

(*cross-examination*, común en el sistema *Common Law* continental y Americano) a los testigos adversos.

Esta problemática crece y se multiplica en complejidad cuando se considera que típicamente es al final del proceso arbitral, en esfuerzos de nulificar (*vacate*) el laudo arbitral cuando se descubre el falso testimonio, la inexactitud intencional del mismo o el perjurio. Por tanto, dos realidades se manifiestan. Primero, el proceso arbitral se prolonga y se encarece inopinadamente, contrario a las expectativas más rudimentarias de las partes. Un proceso deparado a ser breve y eficiente se extiende y prolonga una vez que su destino lo conlleva a los frecuentemente bizantinos e ineficientes procesos de apelación. Este fenómeno directa y explícitamente milita contra los preceptos más arraigados a la naturaleza del arbitraje. Segundo, el falso testimonio dentro del contexto arbitral conlleva indefectiblemente a la intervención judicial sobre los propios méritos de la contención subyacente. Es decir, causa que el arbitraje internacional regrese a la "edad media" durante la cual la hostilidad judicial universal hacia el arbitraje reclamaba que éste estuviese subordinado a y bajo el auspicio de tribunales del orden judicial.

La escasez de literatura académica, ley orgánica y jurisprudencia sobre el tema escasamente refleja su verdadera importancia. En las páginas a seguir se intenta analizar el tema, a manera de ejemplo, bajo la lupa de la jurisprudencia estadounidense sobre la declaración falsa o el perjurio en el arbitraje. Esta autoridad, de acuerdo con los autores, deja mucho por desear ya que identifica un sinnúmero de problemas y temas no resueltos que la citada jurisprudencia aspira a contestar. En pocas palabras, la jurisprudencia carece de consistencia, objetivo y de un marco normativo capaz de servir de fundamento a los fines de desarrollar las metodologías necesarias si es que se ha de considerar que la verdad cuenta y se ha de tomar seriamente en el proceso arbitral y no *ex post facto* durante el proceso de confirmación, nulidad o ejecución de un laudo. Finalmente, se propone que suplementar al arbitraje con dichas metodologías no es deformarlo.

Todo lo contrario, sanciones por testimonio falso o intencionalmente inexacto conducen a preservar y aún a cultivar los mismos preceptos que el arbitraje internacional dice promover.

B. Nota preliminar: El arbitraje y la lex fori

El arbitraje es, en esencia, un procedimiento alternativo de resolución de disputas que encuentra su fundamento y razón de ser en el acuerdo entre las partes contratantes. El precepto más importante del arbitraje es, por consiguiente, su completa dependencia en la voluntad de las partes. Las partes están en plena libertad de negociar y pactar, salvo escasas limitaciones relativas al orden público, el contenido de la cláusula arbitral, la cual constituye un acuerdo independiente y autónomo del resto del contrato objeto de la disputa.[6]

En términos jurisdiccionales, la cláusula arbitral tiene como consecuencia necesaria la eliminación de la aplicación de la *lex fori*: la ley del tribunal que conoce de la causa. La eliminación de la aplicación de la *lex fori* crea necesariamente un vacío normativo que viene a ser cubierto por lo expresamente pactado en la cláusula arbitral.[7] Por razones intrínsecas a la naturaleza propia del proceso arbitral, el cual persigue la eficiencia, la economía y la rapidez en la resolución de disputas, las partes no pueden pactar un conjunto de normas que vengan a replicar la *lex loci*. De ello resulta que salvo que las partes se propongan replicar por completo el contenido de la *lex loci*, algo tan impensable como absurdo e ineficiente, en todo proceso arbitral necesariamente surgirán situaciones para las cuales las partes no previeron disposición contractual alguna. Tal es el caso del tema objeto de este artículo: el perjurio.

6. Ver en este sentido a W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ra Ed. 1998, § 5.04.
7. Vale aquí mencionar la importancia y el auge que han tenido los arbitrajes institucionales en los cuales las partes acuerdan someterse a un juego de normas previamente dictadas por instituciones arbitrales tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), la *American Arbitration Association* ("AAA"), la *London Court of International Arbitration* ("LCIA"), Stockholm Chamber of Commerce ("SCC"), entre muchas otras.

C. ¿Qué es el perjurio?

Antes de entrar de lleno en la materia, analicemos detenidamente el significado de la palabra perjurio. La palabra deviene del latín *perjurium* y su uso actual varía significativa e interesantemente de acuerdo con la tradición jurídico-legal que impera en una determinada jurisdicción. A manera de ejemplo, en algunas de las jurisdicciones en donde impera el sistema legal greco-romano, como es el caso de Francia, se utiliza el término "falso testimonio" en sustitución de la palabra perjurio. En el sistema de derecho *Common Law* continental y Americano, sin embargo, se continúa utilizando el término perjurio. Independientemente, de la variación en la nomenclatura del término, el perjurio o falso testimonio es la *"expresión usada ... para designar el falso juramento prestado ante la justicia."*[8]

El perjurio, que se tipifica como una infracción a las leyes penales, requiere, por lo tanto, de la existencia de varias condiciones. Primero, se requiere del acto material de prestar un falso testimonio. Segundo, es necesario que el falso testimonio se preste bajo juramento. Presentar testimonio bajo juramento so pena de perjurio en un procedimiento judicial es conceptualmente coherente ya que el procedimiento mismo es el ejercicio de soberanía del estado por medio de la judicatura. Tercero, el falso testimonio debe ser presentado ante un tribunal del orden judicial o, en algunos casos, por ante una autoridad gubernamental. Cuarto, debe existir una ley expresa que tipifique y sancione el acto físico de prestar, bajo juramento, testimonio falso ante la autoridad gubernamental correspondiente.

La resolución de disputas ante los órganos judiciales o ante un tribunal arbitral es, por su propia naturaleza, un asunto contencioso que muchas veces tiene como consecuencia desafortunada el ocultamiento o la desvirtuación, muchas veces de manera intencional y otras involuntariamente, de la verdad por sus

8. Henry Capitant, Vocabulaire Juridique, 1ra. Ed. (1961).

participantes. Esto es un hecho irrefutable, inalienable a la naturaleza humana. Así lo han reconocido la gran mayoría de los sistemas jurídicos que han regulado y continúan regulando la vida en sociedad, todos los cuales, de una manera u otra, han sancionado el perjurio. El tema, sin embargo, toma una posición drásticamente diferente en un juicio arbitral en donde no existe *lex loci*.

En una vista de causa arbitral, a diferencia de un procedimiento judicial amparado bajo la *lex loci*, el testigo, por lo general, no presta un juramento antes de ofrecer su testimonio (es incluso imposible saber qué efecto legal pudiera tener tal juramento), ni presta su testimonio ante una autoridad judicial o gubernamental, sino que lo hace ante un particular que ha sido designado por las partes como un tercero neutro. Naturalmente, el ejercicio de soberanía se encuentra ausente en el contexto de una resolución de una disputa privada que es fruto de un contrato concediéndole jurisdicción sobre la materia a "árbitros" y donde la judicatura está subordinada al rol de facilitadora de los laudos emitidos por el tribunal arbitral. En este sentido, las leyes que tipifican y sancionan el perjurio persiguen darle cumplimiento el interés público del estado; esto es, hacer cumplir la autoridad del estado (una función esencial de su soberanía), en particular de sus órganos judiciales, sobre los ciudadanos. En el arbitraje, contrario a lo que ocurre en un proceso judicial, el falso testimonio se presenta ante un particular que no representa al estado y, por consiguiente, se tiende a pensar que no existe durante el juicio arbitral un interés estatal que debe ser protegido. Como analizaremos más adelante, nada está más lejos de la verdad.

D. La función del Estado: Haciendo caso omiso del perjurio

Si bien es cierto que el arbitraje tiene su piedra angular en el principio de autonomía contractual de las partes, también es cierto que el arbitraje depende para su reconocimiento y vigencia del poder compulsivo del estado. Un laudo arbitral no tiene fuerza ejecutoria y tiene que ser homologado por un tribunal para que el mismo se haga efectivo. Así pues, al reconocer un laudo arbitral el tribunal judicial y, por ende, el soberano está en efecto reconociendo la validez de las conclusiones de hecho y de derecho realizadas por el tribunal arbitral, incluyendo aquellas conclusiones que se hayan basado en testimonio falso. Aquí encontramos una intersección interesante y poco explorada por la doctrina que ha derramado una cantidad considerable de tinta en el esfuerzo por definir el nuevo rol de la judicatura ante el arbitraje. Esto destaca un vacío crítico en la relación entre ambos sistemas de resolución de disputas que denigra la entereza de los dos procesos en su afán de administrar equitativamente la justicia.

Aunque es universalmente reconocido que en el proceso arbitral, al igual que en el proceso judicial, existe el riesgo de que un testigo presente un falso testimonio, muchos autores e incluso tribunales judiciales hacen caso omiso de este riesgo y recomiendan la homologación inmediata del laudo haciendo referencia al principio de finalidad y libertad contractual del proceso arbitral y aplicando la ya venerable "Convención de Nueva York" de 1958 para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. A continuación, como un ejercicio puramente académico, analizaremos detenidamente este tema bajo la legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

1. La problemática estadounidense

La ley federal que rige el reconocimiento, homologación y ejecución de laudos arbitrales en los Estados Unidos, *el Federal Arbitration Act* (el "FAA"), establece en su Sección 10 (a) (la "Sección 10") cuatro (4) causales para que un tribunal federal de primera instancia nulifique (*vacate*) un laudo arbitral, incluyendo la que aquí más nos ocupa: *"(1) en los casos en los cuales el laudo haya sido procurado por corrupción, fraude, o medios impropios"*.[9] [10]

Por otra parte, la Norma 60 (b) (la "Norma 60 (b)") de las *Federal Rules of Civil Procedure* [Reglas Federales de Procedimiento Civil de los EE. UU.] prevé seis (6) causales para oponerse a la ejecución de una sentencia, orden o procedimiento final, incluyendo, entre otros casos y consideraciones, cuando la sentencia, orden o procedimiento final ha sido obtenido sobre la base de *"(3) fraude (ya sea previamente llamado intrínsico o extrínseco), representación fraudulenta, o mala conducta por una parte contraria"*.[11] [12]

9. Las cuatro (4) causales son: (1) en los casos en los cuales el laudo haya sido procurado por corrupción, fraude, o medios impropios; (2) en los casos en los cuales hubo parcialidad evidente o corrupción de los árbitros; (3) en los casos en los cuales los árbitros fueren culpables de mala conducta al oponerse a posponer la audiencia, habiéndoseles proporcionado una justa causa, o al rehusarse a escuchar evidencia pertinente y material a la controversia; o [fueren culpables] de cualquier otra mala conducta por medio de la cual los derechos de [una cualesquiera] de las partes se hayan visto perjudicados; o (4) en los casos en los cuales los árbitros se excedieron en sus atribuciones, o las ejecutaron de una manera tan imperfecta que no se obtuvo un laudo mutuo, final y definitivo sobre el asunto sometido.
10. Este texto en su versión original en el idioma inglés reza de la siguiente manera:
(1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.
11. La Norma 60 (b) reza, en parte relevante, de la siguiente manera:
b) Causas para oponerse a una sentencia, orden o procedimiento final. Por instancia y términos justos, el tribunal podrá relevar a una parte o a su representante legal de una sentencia, orden o procedimiento final por las siguientes razones: (1) error, inadvertencia, sorpresa o negligencia excusable; (2) descubrimiento reciente de evidencia la cual, con diligencia razonable, no pudo descubrirse a tiempo para solicitar un nuevo juicio bajo la Norma 59(b); (3) fraude (ya sea previamente llamado intrínsico o extrínseco), representación fraudulenta, o mala conducta por una parte contraria; (4) la sentencia es nula; (5) la sentencia ha sido satisfecha o descargada; está basada en una sentencia anterior que ha sido reversada o nulificada; o cuando su aplicación prospectiva ya no equitativa; o (6) cualquier otra causa justificativa.
12. Este texto en su versión original en el idioma inglés reza de la siguiente manera:
b) Grounds for Relief from a Final Judgment, Order, or Proceeding. On motion and just terms, the court may relieve a party or its legal representative from a final judgment, order, or proceeding for

Algunas de las premisas contenidas en este modesto trabajo sustentan la conclusión de que las políticas esenciales perseguidas por el FAA que versan sobre la nulidad (*vacatur*) de un laudo arbitral se encuentran también presentes en la Norma 60 (b). Por consiguiente, el vínculo entre aquellos preceptos que sustentan y definen el arbitraje como una metodología de resolución alternativa de disputa, tales como el principio de autonomía de las partes, la uniformidad, la certeza, la finalidad y la eficacia, también encuentran asidero jurídico en la Norma 60 (b) y en la Sección 10.

En adición a la conexión entre la Norma 60 (b) y la Sección 10, la interrogante sobre la existencia del perjurio en el contexto de un arbitraje no puede descartarse únicamente sobre las bases teóricas antes analizadas si se acepta, como debe ser el caso, que los procedimientos arbitrales no pueden desligarse por completo de la intervención judicial, incluso cuando esta intervención se limite a facilitar aquellos asuntos relacionados con la confirmación, reconocimiento, nulidad o ejecución del laudo arbitral. Aunque no se está sugiriendo que los regímenes normativos que regulan los arbitrajes nacionales e internacionales sean modificados para que de alguna forma se le conceda al soberano autoridad normativa para sancionar penalmente el perjurio, sí avocamos porque se promueva la presentación de testimonio veraz que probablemente será considerado por el tribunal judicial al momento de la homologación del laudo. En este sentido, el testimonio falso debe y tiene que ser penalizado y activamente desincentivado. Así pues, más que vagas exigencias asimétricas de carácter estético, existen razones verdaderas y valederas que requieren que tanto el proceso arbitral como el proceso judicial encuentren su perfecta confluencia sancionado el falso testimonio y desarrollado estándares que puedan asistir al tribunal judi-

the following reasons: (1) mistake, inadvertence, surprise, or excusable neglect; (2) newly discovered evidence that, with reasonable diligence, could not have been discovered in time to move for a new trial under Rule 59(b); (3) fraud (whether previously called intrinsic or extrinsic), misrepresentation, or misconduct by an opposing party; (4) the judgment is void; (5) the judgment has been satisfied, released, or discharged; it is based on an earlier judgment that has been reversed or vacated; or applying it prospectively is no longer equitable; or (6) any other reason that justifies relief.

cial a sopesar correctamente todo testimonio que se preste en un proceso arbitral.

El tema sobre si el perjurio consiste una causal para la no homologación (*vacatur*) de un laudo arbitral fue analizado por primera vez en el caso *Karppinen v. Karl Kiefer Machine Co.*[13] decidido por la Corte de Apelación de los EE. UU. para el Segundo Circuito. Las partes en ese caso suscribieron un acuerdo para la compra por parte de Karppinen de una máquina especializada que empacaba mermelada industrialmente. La demandante, Karppinen, tras haber pagado y recibido la máquina alegó que la misma no cumplía con su propósito y procuró la rescisión del contrato de compraventa. El demandado se opuso a dicho pedimento y la disputa fue sometida a resolución por ante un tribunal arbitral *ad hoc*. El tribunal arbitral dictó un laudo otorgando la rescisión. El comprador procuró la confirmación del laudo por el tribunal judicial correspondiente y el vendedor se opuso arguyendo que el laudo había sido inducido por testimonio falso.[14] La corte de apelación confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia que homologó el laudo arbitral.

La corte basó su decisión en las siguientes tres premisas. Primero, la corte de apelación reconoció que *"queda sobreentendido que debe existir una gran vacilación para negar la homologación de un laudo arbitral. El laudo arbitral que nos ocupa debe de confirmarse salvo que resulte abundantemente claro que el mismo fue obtenido por medio de 'corrupción, fraude, o medios impropios'"*.[15] Aunque la corte expresamente rehusó decidir el asunto de si la palabra "fraude" bajo la Sección 10 del FAA tiene el mismo significado y aplicación bajo la Norma 60 (b) cuando se persigue la nulidad de un laudo obtenido bajo perjurio, la corte sí puntualizó que esta-

13. *Karppinen v. Keifer Machine Co.*, 182 F. 2d 32 (2d Cir. 1951).
14. El vendedor alegó ante el tribunal de primera instancia "que las reclamaciones del comprador sobre la capacidad de la máquina habían sido hechas de mala fe ya que el comprador pretendía rescindir el contrato para adquirir una máquina más barata con menor capacidad." *Ibidem*. El vendedor también alegó el comprador intentó "refutar esta posición ofreciéndole al tribunal arbitral testimonio falso de que su compañía había comprado una máquina más cara que incluso tenía mayor capacidad." *Ibidem*.
15. *Ibid.*, p. 34.

ba obligada a asumir, como lo hizo el tribunal de primera instancia, que *"[la homologación de] un laudo arbitral puede ser negada en el caso de que la parte gananciosa le haya suministrado a los árbitros evidencia perjurada material [a los hechos de la causa]"*.[16]

Segundo, la corte también reconoció que si se entiende que el

> "perjurio es 'fraude' bajo la definición del FAA, entonces la parte que alega esto [como causal para la no-homologación] debe, por el hecho de que esto necesariamente se relaciona con asuntos de credibilidad que ya han sido considerados por los árbitros, primero demostrar que no pudo haber descubierto [el fraude] durante el arbitraje salvo que lo haya invocado como una defensa en su momento".[17]

El razonamiento de la corte de apelación sobre el asunto es claro: si el perjurio es fraude bajo la definición del FAA el asunto entonces se relaciona con la credibilidad del testigo. Todo lo relacionado con la credibilidad del testigo, propone esta línea de razonamiento, debió ser examinado durante el mismo proceso arbitral y no en la etapa de ejecución del laudo, por lo que la parte que se opone a la homologación del laudo tiene el fardo de la prueba de demostrar que no podía, como efecto no pudo, descubrir el perjurio durante el proceso arbitral. En pocas palabras, la parte agraviada está obligada a justificarle *ex post facto* al tribunal judicial el por qué la misma no pudo descubrir el perjurio durante el proceso arbitral.

Tercero, la corte dictaminó que el precio que el comprador le pagó a una tercera parte por otra máquina era un asunto foráneo al objeto del arbitraje ya que las partes, durante el arbitraje, habían identificado como el objeto del mismo lo relacionado con (i) la capacidad de la máquina para cumplir con su cometido; (ii) la determinación de culpa una vez se determinase que la máquina era defectuosa; y (iii) la determinación de si el plazo de 30

16. *Ibídem.*
17. *Ibídem.*

días para la garantía había sido obviado.[18] Así pues, determinó la corte, el alegado perjurio, si lo hubo, no versó sobre un asunto material del arbitraje. Aunque a primera vista esta tercera premisa parece tener una simpleza analítica, un análisis más a fondo demuestra lo contrario. Toda interrogante sobre asuntos "materiales" al arbitraje está necesariamente relacionada con asuntos de hecho que requieren de un análisis concienzudo y exhaustivo de la prueba sometida y argumentos esgrimidos al tribunal arbitral. También se requiere que el tribunal judicial esté bien versado sobre los asuntos de derecho relacionados con el arbitraje. Sólo así podrá el tribunal judicial reconstruir los hechos del caso para determinar si el falso testimonio es o no material a los hechos de la causa. Todo este análisis, claro está, se realiza siempre otorgándole la mayor deferencia a las determinaciones que de los hechos realizó el tribunal arbitral.

No fue sino hasta dieciséis (16) años después de *Karppinen* que el tema fue nuevamente analizado por un tribunal federal; esta vez en el caso *Kirschner v. West Company*.[19] En este caso, el tribunal se limitó a ratificar lo dicho por la corte en *Karppinen* y rehusó, al igual que la corte en *Karppinen*, a responder las interrogantes identificadas por la corte en su decisión. Por el contrario, la decisión en Kirschner se basó en las siguientes cuatro (4) premisas, ningunas de las cuales aporta significativamente al análisis académico del tema subyacente. Primero, el tribunal judicial en *Kirschner* determinó que el demandante, quien se oponía a la homologación del laudo, no produjo *"ninguna prueba descubierta con posterioridad que comprobara que los testigos contrarios habían testificado falsamente"*.[20] Segundo, el tribunal dictaminó que el demandante, por el contrario, fundamentaba sus argumentos únicamente en la prueba que había sido presentada en el proceso arbitral. Tercero, el tribunal razonó que si *"el perjurio de los testigos del demandado eran tan patentes como ahora se alega, esto debió hacérsele saber al árbitro durante el procedimiento"*.[21]

18. *Ibidem.*
19. *Kirschner v. West Company*, 247 F.Supp. 550 (E.D. Pa. 1965).
20. *Ibid.*, p. 553.
21. *Ibidem.*

Cuarto, el tribunal concluyó que la oposición del demandante a la homologación del laudo se presentó de tal manera que la misma realmente consistía en una solicitud al juez para que sustituyera la apreciación que de los hechos y el derecho realizó en el caso el tribunal arbitral con la suya propia.[22]

Contrario al caso *Kirschner*, el análisis del tribunal en *Biotronik Mess v. Medford Medical Instrument Co.*,[23] significó un desarrollo doctrinal significativo sobre la materia. El demandante, Biotronik, era una empresa de Alemania Occidental que fabricaba marcapasos y otros accesorios médicos cardíacos. El demandando, Medford, era una empresa de Nueva Jersey que fungía como distribuidor de Biotronik para los EE. UU. La disputa se centró en tres contratos. Bajo el primer contrato Biotronik alegadamente autorizaba a Medford a mercadear sus productos de manera exclusiva en el territorio estadounidense. El segundo contrato extendía los efectos del primer contrato por otros doce meses. A la conclusión del segundo contrato, Biotronik nombró a otra empresa como su representante para el territorio estadounidense. Seis meses después una disputa surgió entre Biotronik y Medford cuando Biotronik le reclamó a Medford el pago de una mercancía vendida tras haberse terminado el segundo contrato. Medford, por su parte, reclamó que Biotronik había violentado un tercer acuerdo de exclusividad suscrito por las partes y que las diferencias entre las partes de-bían resolverse mediante una compensación convencional. Biotronik rechazó el alegato de Medford de que un tercer contrato de exclusividad existió y demandó ante un tribunal arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Biotronik obtuvo ganancia de causa en el arbitraje y le solicitó al tribunal federal de primera instancia de Nueva Jersey, tribunal con competencia territorial sobre Medford, la homologación de la sentencia. Medford se opuso a la homologación ale-

22. *Ibidem*.
23. *Biotronik Mess v. Medford Medical Instrument Co.*, 415 F.Supp. 133 (D.C. NY 1976).

gando que la suscripción del tercer acuerdo con Biotronik obligaba a ésta a pagarle considerables cantidades de dinero por la venta de sus productos en los EE. UU. Medford, por lo tanto, se opuso a la homologación alegando aplicación de la Sección 10 y arguyendo que Biotronik había procurado el laudo arbitral mediante un fraude al no informarle al tribunal arbitral sobre la existencia del tercer acuerdo. Adicionalmente, Medford argumentó que aún cuando el "fraude" no *"es una de las defensas enumeradas en el artículo V de la Convención [de Nueva York], se convierte en una defensa en virtud de su incorporación por el FAA".*[24] [25]

El tribunal rechazó los alegatos de Medford y confirmó el laudo justificando su decisión en las siguientes dos (2) premisas. En primer lugar, el tribunal ratificó lo antes dicho en *Karppinen* y *Kirschner* en el sentido de que *"un laudo arbitral no se obtiene por medio de fraude conforme la definición de la Sección 10 del [FAA] cuando la parte agraviada tuvo la oportunidad de refutar los alegatos de su contrario en el juicio arbitral."*[26] Así pues, el tribunal notó que si bien Medford alega que el tribunal arbitral fue defraudado por la omisión de Biotronik de la existencia del tercer acuerdo, la pregunta que tenemos que plantearnos es si Biotronik tenía la obligación positiva de presentarle al tribunal arbitral la prueba que favoreciera los alegatos y las defensas de Medford. Como es de esperarse, el tribunal respondió esta pregunta negativamente.

En segundo lugar, el tribunal observó que existe una relación funcional entre la Norma 60 (b) y la Sección 10, ya que ambas disposiciones legales regulan la nulificación de una sentencia u orden final. Interesantemente, el tribunal de plano asumió que la definición de "fraude" bajo la Norma 60 (b) es la misma que bajo la Sección 10. Este salto conceptual es significativo ya que la corte en *Karppinen* explícitamente rehusó decidir

24. *Biotronik*, 415 F.Supp. at 136.
25. Medford también alegó que si el "fraude" no constituye ha sido incorporado como una defensa por el FAA, el mismo debe ser reconocido como una defensa que encaja bajo la causal de "interés público" prevista en el artículo V(2) (b) de la Convención de Nueva York. *Ibidem.*
26. *Ibid*, p. 137.

este asunto. Por el contrario, la conclusión, aparentemente fortuita, arribada por el tribunal en *Biotronik* no se fundamenta en ninguna jurisprudencia u otra autoridad legal.

El tribunal sí añadió que la *"comparación entre la Sección 10 (a) y la Norma 60 (b) es adecuada, toda vez que de la misma forma que la Sección 10 (a) contraataca una firme política pública que favorece la finalidad de los laudos arbitrales, la Norma 60 (b) contraataca una firma política pública que favorece la finalidad de las sentencias."* [27] El tribunal entonces trajo a colación jurisprudencia constante sobre la aplicación de la Norma 60 (b) que establece que *"para justificar la nulificación de una sentencia final bajo un alegato de fraude, es menester que dicho fraude efectivamente le [haya] prohibido a la parte agraviada la presentación completa y justa de su defensa"*.[28] Las reclamaciones de Medford claramente no encajaban dentro de las disposiciones de la Norma 60 (b), por lo que el tribunal decidió que tampoco encajaban bajo la definición de fraude de la Sección 10. Debido a esta decisión el tribunal no tuvo que avocarse a decidir la pregunta de si la *"la defensa de fraude bajo la Sección 10 del FAA puede ser presentada como defensa en un procedimiento de homologación bajo la Convención [de Nueva York] conforme la cláusula de incorporación del FAA"*.[29]

2. Lecciones aprendidas y nuestra propuesta

La problemática estadounidense realmente no es exclusiva a los EE. UU., sino, por el contrario, es un denominador común en todas aquellas jurisdicciones en las cuales se procura la asistencia del soberano para la ejecución de laudos arbitrales. La judicatura en todas aquellas jurisdicciones indudablemente se preguntará, entre otras cosas: ¿Debo reconocer un laudo procurado fraudulentamente? ¿Cómo determino si realmente hubo fraude? ¿Cuán material debe ser el fraude? ¿Cuál es el límite de mi fun-

27. *Idem*, p. 138.
28. *Ibidem*.
29. *Ibidem*.

ción como ente homologador de un laudo arbitral? ¿Cuán profundo o detallado debe ser mi análisis del juicio arbitral? El análisis de la problemática estadounidense nos ayuda a encontrarle respuestas a algunas de estas interrogantes.

En efecto, aunque el tribunal en Biotronik intentó loablemente aportar un análisis racional a la aplicación de la excepción de fraude de la Sección 10 extrapolando jurisprudencia sobre la excepción de fraude bajo la Norma 60 (b), este salto conceptual no encuentra apoyo en la ley, en la jurisprudencia, ni en la doctrina estadounidense. Ambas disposiciones legales si bien parecerían tener un meta en común, evitar la ejecución de decisiones procuradas fraudulentamente, tienen ámbitos de aplicación y persiguen políticas públicas diametralmente diferentes.

En este sentido, es preciso tener presente que la Norma 60 (b) continúa el poder jurisdiccional del soberano sobre los ciudadanos, mientras que el FAA invita por primera vez al soberano a que se inmiscuya en un asunto que las partes convencionalmente habían mantenido en el ámbito privado. Así pues, la extrapolación de la jurisprudencia de la Norma 60 (b) al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales procurados fraudulentamente necesariamente implica que se está extrapolando al campo arbitral preceptos y razonamientos judiciales. Esto, a su vez, da lugar a las siguientes cuatro (4) interrogantes. ¿Primero, la implementación de normas legislativas o jurisprudenciales dependen de otras normas legislativas o jurisprudenciales para su eficacia? ¿Segundo, se está utilizando a la norma legislativa o jurisprudencial como un paradigma para promover una política jurídica o legislativa determinada? ¿Tercero, asumiendo que dicha norma está promoviendo una determinada política legislativa o judicial, compagina dicha política con la política que promueve el arbitraje? ¿Cuarto, es la norma legislativa o jurisprudencial el equivalente funcional de la norma que promueve el arbitraje?

El análisis comparativo de la Norma 60 (b) y la Sección 10 del FAA parece indicarnos que la respuesta a la primera interrogante es afirmativa. La Norma 60 (b) aplica a la conclusión de un procedimiento judicial contencioso durante el cual las partes se encontraban y aún se encuentran en plena libertad para realizar todas las indagatorias pertinentes notificando a la contraparte requerimientos y solicitudes de revelación de pruebas y documentos, así como interrogatorios escritos, e interrogando en vivo (*deposition*, como se conoce en el sistema *Common Law* continental y Americano) a todas las personas que de una manera u otra tuviesen en su poder información relacionada con los hechos del caso.[30] Estas medidas de recaudación de pruebas, sin embargo, están del todo ausentes o significativamente reducidas cuando una cualesquiera de las partes en un proceso arbitral procura nulificar el laudo arbitral bajo las causales previstas en la Sección 10 del FAA. Por consiguiente, esta diferencia justifica, por sí sola, una ampliación de la aplicación de las causales de nulidad previstas en la Sección 10 del FAA para los casos de falso testimonio o perjurio toda vez que las partes tienen menos probabilidades de descubrir el falso testimonio durante el juicio arbitral ya que los mecanismos de recaudación de pruebas en los arbitrajes, particularmente en comparación con los disponibles en los procesos judiciales, son muy limitados o incluso inexistentes.

La segunda (¿se está utilizando a la norma legislativa o jurisprudencial para promover una política jurídica o legislativa determinada?) y tercera (de ser ese el caso, ¿compagina dicha política con la política que promueve el arbitraje?) interrogantes también se responden afirmativamente. Sin duda, el objetivo tanto de la Norma 60 (b) como de la Sección 10 es otorgarle a la parte agraviada un método viable y legítimo para atacar la finalidad de las sentencias, ordenanzas y laudos arbitrales emitidos producto de procedimientos contenciosos. En dichos casos la parte agraviada tiene el fardo de la prueba de demostrar, conforme lo aquí discutido, que el laudo fue procurado por medio de

30. Estas medidas de recaudación de pruebas son parte del proceso conocido en el sistema *Common Law* continental y Americano como *"discovery"*.

un fraude perpetrado al tribunal arbitral sobre la base de un falso testimonio. Las políticas de finalidad y legalidad que caracterizan una sentencia final y un laudo arbitral, así como el principio de que la parte agraviada no debería estar obligada a darle cumplimiento a una decisión viciada por el fraude, guardan grandes similitudes tanto en la Norma 60 (b) como en la Sección 10.

La cuarta interrogante (¿es la norma legislativa o jurisprudencial el equivalente funcional de la norma que promueve el arbitraje?) se responde afirmativamente por las mismas razones que fundamentan las respuestas a la segunda y tercera interrogantes.

El análisis al que nos someten estas cuatro interrogantes subraya la importancia del asunto. Es indudable que se hace necesaria la creación de un mecanismo que desincentive el perjurio en los procesos arbitrales mediante la imposición de sanciones. Sanciones que si bien no serían penales, las cuales conllevan el ejercicio de soberanía foráneo al proceso arbitral, debe-rían ser lo suficientemente contundentes como para que procuren su efectividad. En este sentido, el falso testimonio en el arbitraje técnicamente puede ser definido como una declaración falsa ofrecida bajo juramento que versa sobre asuntos materiales a la disputa o que directamente incide en su resolución final. La penalidad consistiría en un laudo que rechace las reclamaciones o las defensas de la parte que cometió el perjurio o, si la declaración falsa fue ofrecida por un tercero, la facultad para el tribunal arbitral de crear una presunción irrefutable contraria al testimonio falso. Por último, se propone que todo testigo que declare en un proceso arbitral preste un juramento de que sus declaraciones serán veraces y correctas. La prestación de este juramento vestirá el proceso y le imprimirá en la siquis al testigo el carácter formal y sobrio que reviste el mismo.

Únicamente con la implementación de medidas que persigan activamente la consecución de la verdad y la penalización o sanción de su ocultamiento podrá el proceso arbitral cumplir

con su verdadero cometido como método de resolución alternativo a disputas. De lo contrario, imperará una variación de la ley del más fuerte: la ley del tramposo. Que, como anticipó Unamuno, vencerá por ser el más fuerte, pero no convencerá porque le falta la razón y derecho en la lucha.[31]

31. La célebre frase Miguel de Unamuno reza de la siguiente manera: "Venceréis, pero no convenceréis. Venceréis porque tenéis sobrada fuerza bruta; pero no convenceréis, porque convencer significa persuadir. Y para persuadir necesitáis algo que os falta: razón y derecho en la lucha".

El Convenio CIADI, entre los objetivos que buscaba alcanzar con su creación, pretende que las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas. Esta es una de las razones para que los Estados hayan incluido el elemento de que una vez que se haya prestado el consentimiento para un arbitraje bajo el Convenio no se podrá utilizar mecanismos, entre otros, como el de la protección diplomática.[2]

El arbitraje en materia de inversión, como prácticamente todo tipo de arbitraje, requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es un requisito indispensable para que exista jurisdicción por parte de un tribunal internacional.[3]

2. El Consentimiento

El Consentimiento es un elemento fundamental en el sistema de arbitraje bajo el Convenio CIADI. En el texto del Convenio se hace referencia en varias ocasiones a este elemento.[4]

2. El artículo 27 del Convenio establece que: "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo."
3. Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Banco de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1964, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.
   El Informe de los Directores Ejecutivos declara que: "El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1)).
4. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web http:// http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm En el preámbulo: "**Reconociendo** que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a (...) arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio (...).

El Convenio CIADI deja clara que la mera ratificación por parte de un Estado y el hecho de ser parte contratante, no implica la existencia del consentimiento expreso.[5]

Para que exista jurisdicción por parte del CIADI y competencia por parte de un tribunal de arbitraje bajo este mecanismo, existen varios requisitos que se deben tomar en cuenta y que se encuentran enunciados en el artículo 25 del Convenio

> La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El Informe de los Directores Ejecutivos menciona que

> "el consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta."[6]

5. Ibídem. "**Declarando** que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado".
6. Ibídem, párrafo 24.

Sin embargo, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes, temas que están más allá del alcance del presente trabajo.

Existen tres formas, en la práctica, para la formación del consentimiento.

La más conocida, y hoy tal vez la que va siendo menos usada, es el consentimiento otorgado en una cláusula arbitral entre las partes. Estas cláusulas se encuentran en los contratos de inversión entre Estados e inversionistas extranjeros. Existen modelos de cláusulas que pueden ser de gran utilidad a la hora de querer introducir en un contrato un convenio arbitral.[7]

Otra fuente de formación al consentimiento es a través de la normativa de un Estado, típicamente en la legislación doméstica en materia de inversión.[8] Estas normas ofrecen el arbitraje de

7. Ver, e.g., la siguiente cláusula: "El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el "Estado Receptor") y nombre del inversionista (en adelante denominado "el Inversionista") convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el "Centro") toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje] /[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el "Convenio"). Sitio web http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/7.htm#nota6#nota6

8. SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction I, 27 November 1985, 3 ICSID Reports, 131. "Las disputas de inversiones en relación a la aplicación de las disposiciones de la presente Ley deberán ser resueltas de la forma en que se acuerde con el inversionista o en el marco de los Tratados vigentes entre Egipto y el Estado del inversionista o en el marco del CIADI, vigente para Egipto desde 1971." La traducción es del autor. La Demandante soportaba su argumento sobre la base del Art. 8 de la Ley de Inversiones de Egipto de 1974.
De acuerdo al Tribunal, Egipto sostuvo que esta cláusula requería un consentimiento de implementación por separado con el inversionista. Que el sentido de esta disposición era informar a potenciales inversionistas que el CIADI era uno de los variados métodos de solución de controversias que podían ser negociados con autoridades egipcias, bajo las circunstancias apropiadas. El tribunal concluyó que no existía nada en la disposición analizada que requiriera una posterior manifestación de consentimiento para la jurisdicción del Centro, más allá de la aceptación por parte del inversionista de la oferta otorgada por el Estado en su legislación.

manera general, aunque es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Siempre será necesaria la existencia previa del acuerdo entre las partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, faltará aún el pronunciamiento del inversionista y aceptar la "oferta" dada por el Estado en su legislación. Esta aceptación puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje.

La tercera fuente de formación del consentimiento es a través de un Tratado, ya sea de carácter bilateral o de carácter multilateral. La mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) contienen la oferta del Estado al inversionista del otro Estado parte del Tratado.[9] También se encuentra esta oferta en Tratados Multilaterales, como el TLCAN o la Carta de Energía.[10]

Es importante señalar que esta "oferta de arbitraje" no está contemplada de manera expresa ni en el Convenio CIADI ni en el Informe de los Directores Ejecutivos.[11] Sin embargo, esto no debe llevar a una equivocada conclusión. Al momento de la redacción del Convenio CIADI y su posterior aprobación, los Tratados Bilaterales de Inversión estaban empezando a ser utilizados por los Estados.

9. Ver, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 11 de mayo de 1997. Artículo VI (4): "Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad (...). El resaltado es del autor. El texto liga el consentimiento del Estado (que se otorga en este párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado.
10. En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el consentimiento se encuentra en el artículo 1120. En la Carta Europea de la Energía el consentimiento se encuentra en el artículo 26.
11. El Informe de los Directores Ejecutivos menciona la posibilidad de una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión, a través de su legislación doméstica y la aceptación de tal oferta por parte del inversionista. Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 24.

3. Interpretación del Consentimiento

La primera ocasión en que se invocó como fuente directa del consentimiento un Tratado Bilateral de Inversión fue en el caso Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka.[12]

Desde entonces, la gran mayoría de casos administrados por el CIADI tienen como fuente del consentimiento las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, que se encuentran en los TBI's.

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo, esto obviamente, dependiendo de los zapatos que tengan puestos los abogados litigantes. Los estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar un supuesto principio de interpretación diametralmente opuesto, bajo el principio de *"interpretación efectiva"*.[13]

En el caso AMCO, el tribunal concluyó que el consentimiento debe ser interpretado en una forma que lleve a descubrir y respetar el deseo común de las partes, es decir, aplicando el principio pacta sunt sevanda, concepto común de los sistemas legales doméstico e internacional.[14]

12. AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250: "The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen".
13. Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2001. P. 249.
14. Amco c. Indonesia, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 398. Ante la afirmación de la demandada, de que siendo el consentimiento al arbitraje una limitación a sus facultades soberanas, este debía ser interpretado de forma restrictiva, el Tribunal consideró que ". . . like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law."

En el caso SPP, el Tribunal consideró que no existe una presunción a favor de la existencia de jurisdicción, más aún cuando una de las partes es un estado soberano, pero tampoco a la inversa, es decir, una presunción en contra de la existencia de jurisdicción. El Tribunal concluyó que los instrumentos que contienen la jurisdicción del Tribunal no deben ser interpretados ni restrictiva ni extensivamente, sino de manera objetiva y de buena fe.[15]

Es una cuestión solidamente establecida el que el inversionista puede aceptar la oferta del Estado dada en el TBI, a través de la iniciación del procedimiento arbitral. No hay nada en los TBI's que sugieran que el inversionista debe comunicar su consentimiento de forma distinta y directa al Estado.[16]

4. Alcance del consentimiento

En algunos casos, las ofertas de arbitraje que se encuentran en las legislaciones de los Estados son bastante amplias y cubren todas las controversias que pudieran surgir y que estén vinculadas a la inversión extranjera. En otros casos, el alcance es menos extenso, como cuando los términos utilizados son limitados en cuanto a la materia.[17]

Hay disposiciones en los TBI's que, con el objeto de cubrir bajo su "manto protector" obligaciones contractuales contraídas por Estados con inversionistas, han producido el efecto de ampliar el alcance del consentimiento otorgado por parte de los Estados.

15. SPP c. Egipto, Decisión sobre Jurisdicción , 14 de abril de 1988, 3 ICSID Reports 143.
16. Ver, en este sentido, los siguientes casos: AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990. AMT v. Zaire, Award, 21 February 1997. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003. Tokios Tokels v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 94-100.
17. Ver, Tradex c. Abania, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 124. La "oferta" dada por Albania en su legislación doméstica estaba limitada: "[S]i la disputa surge o está relacionada con expropiación, compensación por expropiación o discriminación o también por transferencias de acuerdo al artículo 7 (...)"

Se han dado interpretaciones confrontadas por parte de los Tribunales de Arbitraje sobre el alcance de estas disposiciones, entre otras, en los muy comentados casos SGS c. Pakistan[18] y SGS c. Filipinas.[19] En los términos del comentarista del Convenio CIADI más citado a nivel internacional, el Profesor Christoph Shcreuer

> "The position taken by the Tribunals in SGS v. Pakistan and in Joy Mining deprive the umbrella clause of any practical meaning. Therefore, the interpretation reached on this point in SGS v. Philippines is clearly the better one."

Es un criterio establecido por los precedentes que este tipo de redacción contiene asuntos que van más allá de la mera interpretación o aplicación del Tratado y que incluyen o que están relacionadas con las disputas que surjan de los contratos en conexión con una inversión.

En el caso Salini,[20] el Tribunal consideró que la disposición incluía no solo materias cubiertas por el Tratado sino también controversias relacionadas al contrato.

En el procedimiento de anulación en el caso Vivendi,[21] el Tribunal arribó a una conclusión similar.

En la decisión del Tribunal en el caso Joy Mining,[22] con la cual muchos Estados se sienten cómodos por su alcance, se arri-

18. SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003. El Tribunal consideró que no tenía jurisdicción en relación a los reclamos contractuales que no constituyeran a su vez un incumplimiento de los estándares sustantivos del Tratado.
19. SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. El tribunal consideró que la disposición en cuestión era completamente general permitiendo el sometimiento a arbitraje de toda disputa en materia de inversión.
20. Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/Royaume du Maroc, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.
21. Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports 340. "It is those disputes which may be submitted, at the investor's option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor's claim allege a breach of the BIT itself. Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT."
22. Joy Mining v. Egypt, Award, 6 August 2004.

bó a la conclusión de que para que una disputa contractual esté cubierta por un Tratado, la violación de las disposiciones del contrato y del Tratado debe ser clara y de tal magnitud que active la protección del Tratado. Concluyó que en ese caso no se cumplía ese estándar. Hay comentaristas que han criticado fuertemente esta decisión, entre otros, el Profesor Schreuer, inclinándose a favor de la interpretación dada por el Tribunal SGS c. Filipinas.

5. Condiciones al consentimiento

- Procedibilidad o "tiempo de espera".

La gran mayoría de TBI's incorporan en la disposición de arbitraje internacional, una etapa previa de negociación o también llamado "período de enfriamiento". Con esto se busca que las partes tengan la oportunidad de resolver la diferencia de manera directa y sin necesidad de recurrir a un procedimiento de carácter internacional.

En recientes casos, se puede apreciar que los Tribunales se inclinan por interpretar este requerimiento como "procedimental" y no como un requisito de "jurisdicción".[23]

Sin embargo, un Tribunal consideró que este requisito debía cumplirse para que existiera jurisdicción por parte del CIADI y de esta forma, el Tribunal fuera competente para decidir la controversia entre las partes.[24]

23. Ver, en este sentido, el caso SGS c. Pakistán: "Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction [...]".
24. Ver, en este sentido, el caso Enron c. Argentina: "[T]he conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction".

Se ha propuesto que, ante el incumplimiento del "período de espera", un mejor arreglo para las partes –no necesariamente desde la óptica rígida de si existe o no jurisdicción para que el Tribunal conozca la controversia– sería el que el Tribunal decida la "suspensión de procedimientos" y de esta forma otorgar un período de espera para que las partes traten de lograr un acuerdo, siempre y cuando se considere útil tal decisión.[25]

- Agotamiento de recursos internos

Este requisito ha sido prácticamente eliminado de las disposiciones sobre solución de controversias en los TBI's. No es necesario el agotamiento de los recursos internos salvo estipulación en contrario

El artículo 26 del Convenio CIADI dispone que:

> "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio."

La segunda parte del Artículo 26 del Convenio es clara, en el sentido de que cualquier Estado Contratante "podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio". Si un Estado así lo solicita, se podría incluir en el acuerdo de consentimiento una cláusula que incorpore este requisito.[26]

25. Christoph H. Schreuer, Consent to Arbitration, Transnational Dispute Management, Vol. 2-issue 5, November 2005. La estructura del presente trabajo se basa, en gran parte, en la propuesta del Profesor Schreuer recogida en este artículo.
26. Ver, e.g., la siguiente cláusula: "Antes de que una de las partes del presente instrumento inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los recursos [administrativos] [y] [judiciales] disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia [lista de los recursos que deben agotarse], a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición."

- Elección de vía o "fork in the road"

Esta condición al consentimiento tiene un efecto opuesto a la condición del agotamiento de los recursos internos. Una gran cantidad de TBI's incorporan en sus disposiciones de solución de controversias, una oferta al inversionista, el que debe escoger entre la posibilidad de recurrir a las cortes locales o al arbitraje internacional. El efecto de recurrir a uno u otro procedimiento es que, una vez escogida una vía, la otra precluye. La opción escogida es definitiva, y por lo tanto, si el inversionista acudió a las cortes locales para que la controversia sea resuelta, la opción de acudir al arbitraje internacional deja de existir.[27]

Es importante tomar en cuenta que los tribunales han señalado de forma reiterativa que para que exista una "elección de vía" de acuerdo a los términos de un TBI, es necesario que las partes y la causa de acción sean las mismas.[28]

6. Conclusiones

El consentimiento es, tal como lo afirmaran en su momento los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, la piedra angular de la jurisdicción del CIADI.

El consentimiento es un elemento que una vez perfeccionado, no puede ser retirado de manera unilateral por ninguna de las partes. Sería necesaria una autorización expresa de las partes

27. Ver, en este sentido, el artículo VI(3)(a) del TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América: "Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) (entiéndase cortes locales) o el inciso b) (entiéndase otro procedimiento previamente pactado) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)".
28. Este principio ha sido recogido por un gran número de tribunales. A manera de ejemplo, en el caso Occidental c. República del Ecuador (IVA Petrolero), el Tribunal consideró que las acciones iniciadas por la compañía en las cortes locales tenían una causa de acción distinta a aquellas invocadas en el arbitraje bajo el TBI aplicable al caso. Occidental c. Ecuador, Laudo de 1 de julio de 2004, párrafos 38-63.

para que pueda retirarse el consentimiento, una vez que este ha sido perfeccionado.

El consentimiento es un elemento que, más allá de una interpretación restrictiva o extensiva, debe ser analizado por parte de los tribunales de arbitraje bajo el principio de la buena fe y tomando en cuenta el objeto y propósito del Convenio CIADI.

4. Sección de

Laudos Arbitrales y Decisiones Judiciales Importantes

Laudo Arbitral
Recurso 6615/2007 - Resolución 25779
Corte Suprema de Justicia de Chile
Santiago, 15 de septiembre de 2008
Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorios Garden House S.A.

Santiago, quince de septiembre de dos mil ocho

Vistos:

En estos autos rol N° 6615-07, los abogados señores Pedro Pablo Gutiérrez Philippi y Cristóbal Jimeno Chadwick, en representación de Gold Nutrition Industria e Comercio solicitan se conceda el exequátur declarando en consecuencia, que puede cumplirse en Chile en todas sus partes la sentencia arbitral extranjera que se encuentra ejecutoriada de fecha 15 de enero de 2007 pronunciada por el Tribunal designado conforme las normas de la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo y que condena a Laboratorios Garden House S.A representada por don Marcelo Rodrigo Navarro Pérez, chileno, empresario y/o por don Eduardo Sanhueza Gómez, chileno, todos domiciliados en calle Presidente Jorge Alessandri 12.310, San Bernardo y en Avenida Vitacura 2909, oficina 1105, comuna de Vitacura , al pago de las prestaciones que a continuación se detallan: a) la suma de US$ 1.289.537, 48 conforme al detalle indicado en el punto N° 107 del fallo arbitral cuyo exequátur se solicita y las subsecuentes decisiones sobre solicitudes de aclaración que se acompañan, particularmente lo indicado en el N° 17 de la sentencia que resolvió la segunda aclaración; b) el 1% de interés mensual, sobre la cantidad indicada en la letra a) precedente, toda vez que Garden House no pagó la suma allí indicada en el plazo de 15 días contados desde la dicta-

ción del laudo Arbitral; c) los honorarios de abogado, fijado en un 10% del monto de la condena, de acuerdo al punto 127 del laudo Arbitral; d) las costas, incluidos los honorarios de los árbitros, de acuerdo con el punto 127 del laudo Arbitral; e) el 1% de interés mensual, sobre las sumas indicadas en las letras c) y d) precedentes, toda vez que Garden House no pagó las sumas a allí indicadas en el plazo de 15 días contados desde la dictación del laudo Arbitral. Lo anterior de acuerdo con lo resuelto en el Punto 16 de la sentencia que se pronunció respecto de la primera solicitud de aclaración del laudo Arbitral.

Sostienen que el 17 de junio de 1999, se celebró entre las sociedades Gold Nutrition (en esa época denominada Vepé Industria Alimenticia Ltda.) y Garden House un contrato denominado Contrato de prestación de Servicio de fabricación y provisión de productos Alimenticios, en adelante el Contrato. El objeto del contrato es el encargo, fabricación, compra, importación, distribución y venta, con exclusividad en todo el territorio brasileño de los productos fabricados por Garden House denominados Minical Max y Minical Lipo-X.

Señala que en el contrato se dejaron establecidas las responsabilidades de cada parte: Garden House se obligó a garantizar la calidad exigida por las normas vigentes de los productos Minical Max y Minical Lipo-X, a mantener un stock de materias primas para elaborar los productos materia del contrato y a cumplir con el cronograma de provisiones a ser elaborado por Gold Nutrition. Además Garden House en su calidad de fabricante de los productos señalados, asumió la responsabilidad por la calidad y seguridad sanitaria de los mismos.

Indica que en la cláusula 6 del Contrato, denominada Plazo de vigencia contractual y su régimen legal, en el punto 6.2 de la misma se estableció la siguiente cláusula compromisoria: "Las partes acuerdan que cualquier disputa, diferencia, controversia o reclamación originada o relativa a este Contrato que no pueda ser solucionada amistosamente

entre las partes será remitido al arbitraje de equidad y de derecho de los organismos brasileños en capital de Sao Paulo"

A continuación expresan que el conflicto se produjo por el incumplimiento del contrato en que incurrió Garden House. Según se indica en el laudo Arbitral , Gold Nutrition alegó que los productos entregados por Garden House en Brasil, presentaron irregularidades y defectos de calidad, entre los cuales pueden señalarse las disconformidades con las especificaciones del contrato en razón de modificaciones en la composición y peso de los productos, las manchas en las cápsulas de los productos e innumerables otros defectos. Dichos incumplimientos obligaron a Gold Nutrition a sustituir los productos, a asumir el valor de reembolso de los mismos a los clientes y a retirarlos del mercado, acarreándoles graves daños y perjuicios.

Expresan que Garden House pretendió eludir su responsabilidad señalando, básicamente, que los productos habrían sido fabricados de conformidad con las normas técnicas aplicables en la especie y supuestamente entregados sin ningún defecto de calidad a la empresa responsable de la exportación de mercaderías a Brasil y que su responsabilidad habría expirado toda vez que Gold Nutrition se obligó a contratar en Chile un laboratorio para analizar la calidad de los productos, previo al embarque de los mismos, lo que eximiría a dicha parte de la culpa por las imperfecciones alegadas, ocurridas supuestamente después de la entrega de las mercaderías al agente exportador, argumentos rechazados por el Tribunal Arbitral.

Aseveran que ante el incumplimiento de Garden House, la solicitante decidió proceder a la solución de los conflictos conforme el sistema pactado en el contrato, sin embargo ante la negativa de Garden House a constituir el Tribunal Arbitral, iniciaron un procedimiento judicial para que se ordenara constituir el Tribunal Arbitral.

Para dicho efecto inició una acción el 9 de octubre de 2002 ante el 19° Juzgado Civil del Foro Central de la

Circunscripción de Sao Paulo para la ejecución específica de la cláusula compromisoria; la sentencia recaída en dicha causa reguló diversos aspectos, entre ellos que "el arbitraje tendrá lugar y se realizará en la capital del Estado de Sao Paulo, en la Cámara de mediación y Arbitraje de Sao Paulo"; que "Las reglas por las que se regirá el arbitraje serán aquellas que establece el ordenamiento jurídico brasileño y también las eventuales reglas que fijare el propio reglamento de la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo", que "La ley aplicable será la brasileña (lex fori), y para la solución del fondo de la controversia, también se aplicarán complementariamente las prácticas, los usos, las costumbres y normas internacionales de comercio de conformidad con los artículos 4° y 5° de la Ley Introducción al Código Civil de Brasil". Se nombraron los árbitros de acuerdo al procedimiento establecido en la sentencia, Garden House acordó y firmó el acta que dio inicio al arbitraje y designó a su arbitro, compareció al Tribunal Arbitral, presentó su contestación a la demanda y demandó reconvencionalmente y actuó en todas las gestiones debidamente representado por sus abogados, por lo que ambas partes tuvieron los derechos procesales correspondientes a un debido proceso.

Añade que no obstante lo anterior Garden House continuó de mala fe impugnando la constitución del Tribunal Arbitral como cuando solicitó al Tribunal que aclarara su postura respecto del recurso de apelación interpuesto por ella en contra de la resolución del 19° Juzgado Civil del Foro Central de la Circunscripción de Sao Paulo que ordenó constituir el arbitraje (fojas 14).

La lectura del pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto de la solicitud de aclaración presentada por Garden House, no admite dudas en el sentido que independientemente del destino del recurso de apelación interpuesto por Garden House en contra de la resolución del mencionado Juzgado Civil de Sao Paulo que ordenó someter a arbitraje el conflicto, el procedimiento arbitral, el laudo arbitral y todas las diligencias y actuaciones en él realizadas son per-

fectamente válidas y ejecutables, pues ha sido la propia Garden House, quien con sus actuaciones posteriores ha ratificado su intención de participar en el procedimiento arbitral.

Indican que la sentencia, para cuyo cumplimiento se solicita autorización, fue dictada en los autos arbitrales Proc. N° 051/05 seguidos entre Gold Nutrition como demandante y la sociedad Garden House como demandada; la sentencia fue emitida el 15 de enero de 2007 la que luego de realizar un análisis de la prueba rendida en el proceso, se hace cargo de cada uno de los argumentos esgrimidos por Garden House, desvirtuándolos uno a uno.

Aseveran que en los puntos 126, 127 y 128 del fallo arbitral, se encuentra la decisión del Tribunal Arbitral respecto de la demanda de su representada, la que condenó a Garden House a pagar a Gold Nutrition la suma de US$ 1.330.376,96 en el plazo de 15 días contados desde la sentencia, estableciéndose, además, que en caso de demora este valor sería aumentado por intereses de mora a una tasa de 1% al mes. También se condenó en costas al demandado en la que se incluyen los gastos de arbitraje, más los honorarios de los árbitros y honorarios de abogados que se fijaron en el 10 % del monto de la condena. La condena en costas debía pagarse en el mismo plazo del punto anterior.

El laudo fue objeto de dos solicitudes de aclaración. Es así que Gold Nutrition solicitó aclaración al Tribunal Arbitral para que indicare con exactitud los intereses de mora sobre los montos respectivos a cuyo pago fue condenada Garden House, por concepto de condena en costas y gastos de arbitraje. El tribunal sobre esta solicitud señaló "que además de la indemnización, la condena en costas y los gastos de arbitraje también deben ser pagados por Garden House en un plazo de 15 días, establecido en el punto 127 del laudo, que en caso de mora, devengaría el interés de 1% mensual" . A su turno, Garden House solicitó aclaración del laudo arbitral, pues estimó que habría imposición de intereses sobre intereses, por que el fallo contendría un error en la tasa de

interés aplicable y en la fecha de inicio del cobro de los intereses, aclarando dicha solicitud en el punto 23 de la decisión sobre solicitudes de aclaración (pág. 20).
También Garden House solicitó aclaración en cuanto al pago de los honorarios de abogados, la que fue desestimada (pág. 21).
Finalmente el laudo arbitral fue objeto de nuevas solicitudes de aclaración, las que fueron resueltas el 27 de febrero de 2007 y en el punto 17 de esta decisión sobre solicitudes de aclaración se rectifica el valor de la condena en US$ 1.289.537,48.
En cuanto al derecho señalan que conforme lo prescribe el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que le concedan los tratados internacionales respectivos y para su ejecución se seguirá el procedimiento establecido por dichos tratados o por la ley chilena si éstos nada estipularen. Los tratados internacionales vigentes sobre la materia son la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, conocida como Convención de Nueva York; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida como Convención de Panamá y la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2004.
Sostiene que la Convención de Nueva York establece normas específicas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. (ver artículo 1° y numeral 2°)
El mismo tratado internacional estipula en su artículo cuarto que, para obtener el reconocimiento y la ejecución, la parte interesada deberá presentar junto con la solicitud: i) el original debidamente autenticado de la sentencia o copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y ii) el original del acuerdo de arbitraje o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Por su parte, expresan, la Ley 19.971 establece en su artículo 1° que "esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile" y el capítulo VII se refiere precisamente al "Reconocimiento y Ejecución de los Laudos".
Refiere que de acuerdo a lo que prescribe el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil, la Excelentísima Corte Suprema es el tribunal competente para conceder la autorización para el cumplimiento del laudo arbitral en cuestión.
Dicho laudo se encuentra ejecutoriado según da cuenta el certificado de ejecutoriedad que se acompaña emitido por la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo.
Agrega que el objeto de la controversia que resolvió el fallo arbitral en cuestión es susceptible de arbitraje de acuerdo a las leyes chilenas, por cuanto no se encuentra ninguno de los supuestos previstos por el artículo 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales, como casos de arbitrajes prohibidos.
Finalmente expone que el reconocimiento del presente laudo arbitral, es procedente, toda vez que no se configuran ninguna de las situaciones previstas por el artículo 36 de la Ley 19.971, esto es, a) las partes en el acuerdo del arbitraje son plenamente capaces; b) el acuerdo es plenamente válido; c) la demandada fue debidamente notificada, compareció al arbitraje designando un miembro del Tribunal arbitral, apoderados, haciendo valer sus derechos en tiempo y forma; d) el laudo se refiere a una controversia prevista en el acuerdo de arbitraje; e) la composición del Tribunal arbitral y el procedimiento se han ajustado al acuerdo de las partes; f) el laudo es obligatorio para las partes; g) el objeto de la controversia es susceptible de arbitraje y h) el reconocimiento y ejecución del laudo no son contrarios al orden público chileno.
Evacuando el traslado conferido respecto de la petición de exequátur, comparece don Jorge Mauricio Navarro Pérez, en su calidad de gerente general y en representación, según se acreditará, de la sociedad Asesorías Farmacéuticas S.A.,

antes Laboratorios Garden House S.A., y solicita el rechazo de esta gestión, por los siguientes fundamentos:
Sostiene que su representada suscribió con la empresa Vepé Industria Alimenticia, hoy Gold Nutition Industria e Comercio Ltda. un contrato de prestación de servicios y tal como se explicó en el proceso arbitral su parte no fue quien vendió los productos a la solicitante, sino que vendió los productos a ser exportados a Brasil a la empresa chilena Alpes Chemie S.A., (antes comercial Andes Paz) quien fue quien ofreció este negocio a su representada.
Señala no desconocer las obligaciones asumidas en el contrato de prestación de servicios que se referían básicamente a los controles de calidad y garantía, lo que es reconocido por el solicitante en la nota al pie N° 9, cuando expresa: "que se pactó expresamente que la empresa chilena Alpes Chemie S.A. tendría la exclusividad total en los servicios de exportación de los productos objeto del contrato para el mercado brasileño". Esta condición llevó a su representada a solicitar a la empresa Alpes Chemie S.A que fuera emplazada y participara como parte en el juicio arbitral, pues fue ella quien vendió y eventualmente pudo tener responsabilidad o culpa en relación con los problemas que presentaron los productos vendidos. Dicha solicitud fue rechazada.
En relación al fondo del asunto indica que el contrato de 17 de junio de 1999 consideró una disposición constitutiva de cláusula compromisoria que indicaba que "cualquier disputa, diferencia, controversia o reclamación originada o relativa a este Contrato que no pueda ser solucionada amistosamente entre las partes será remitido al arbitraje de equidad y de derecho de los organismos brasileños en capital de Sao Paulo".
Frente a los supuestos incumplimientos de su representada la empresa Vepé Industrias Alimenticia S.A., planteó la posibilidad de ir a juicio arbitral conforme lo disponía el contrato; sin embargo, su parte decidió impugnar la solicitud de arbitraje fundada en la nulidad de la cláusula compromisoria.

Expresa que en la controversia planteada ante el 19° Juzgado Civil de Sao Paulo, su representada sostuvo que dicha cláusula es absolutamente nula atendida su falta de precisión y ambigüedad, proponiendo en consecuencia que las dificultades fueran resueltas ante los Tribunales ordinarios de Sao Paulo, Brasil. Para fundar dicha solicitud su parte destacó la falta de completitud de la cláusula, una redacción completamente contradictoria, imprecisa y que cualquier letrado podría entender como absurda, a lo que hay que agregar que la misma cláusula disponía a continuación que el mencionado arbitraje de equidad y derecho sería llevado ante los organismos brasileños en capital de Sao Paulo, redacción que hacía más ambigua la cláusula y consiguientemente nula frente a lo que debe entenderse como una cláusula compromisoria.

Todas las alegaciones fueron hechas ante el 19° Juzgado Civil de Sao Paulo, el que por resolución de 28 de noviembre de 2003 dispuso que la mencionada cláusula era válida y que el arbitraje debía llevarse a cabo y tendría lugar en la capital del estado de Sao Paulo, que se llevaría a efecto en la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo, que la ley aplicable sería la brasileña, el idioma del arbitraje y reglas de procedimiento y resolvió que la elección de árbitros sería la siguiente: "Las partes elegirán los árbitros de la siguiente forma: cada parte deberá elegir un árbitro y aquellos que sean elegidos designarán a su vez a un tercero, y de entre ellos se elegirá al presidente de la comisión de árbitros. Los árbitros será escogidos por las partes de entre aquellos disponibles en la oficina de arbitraje denominada Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo (FIESP). Su parte dedujo recurso de apelación el que se encuentra pendiente de resolución según certificado que acompaña.

Expresa que dicha resolución es ilegal y contraria al orden público chileno, pues el Tribunal no nombró al o los árbitros, sino que dispuso de un mecanismo que remite a un procedimiento de designación por una entidad privada.

Añade que a la fecha de tal designación regían las normas del Código Orgánico de Tribunales, en particular el artículo 232, que sólo concede a las propias partes litigantes la excepcional potestad de sustraer del conocimiento de los tribunales ordinarios la controversia existente entre ellas, y que devuelve la capacidad de designación del árbitro, en caso de desacuerdo, al órgano jurisdiccional ordinario, de manera que en caso alguno la ley procesal permitía que un tercero distinto de las partes y del propio poder judicial, atribuyera función y capacidad jurisdiccional a una persona que ese tercero designara.

Expresa que la Ley 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional no establece esta anómala forma de atribuir jurisdicción, pues el artículo 11 N° 3 letra a) mantiene el criterio del Código Orgánico de Tribunales, radicando en el órgano jurisdiccional ordinario la capacidad de designar al órgano jurisdiccional especial. Ello implica no sólo que la cláusula arbitral es nula sino también que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción y por ende, el laudo que se pretende ejecutar en Chile no es válido, puede tener el nombre y la forma de una sentencia, pero claramente no lo es, pues ha sido dictada por un organismo que carece de jurisdicción.

Añade, que efectivamente acordó y firmó el acta que dio inicio al arbitraje y designó su árbitro , pero en ningún caso ello le da validez al Tribunal Arbitral, pues la actitud de su parte respondió a la necesidad de defenderse, considerando el efecto devolutivo con que se concedió la apelación contra la resolución que desestimó la impugnación de la cláusula que se pretende tendría el carácter de compromisoria.

Sin perjuicio de lo señalado, sostiene que en la parte dispositiva el laudo Arbitral condena a Garden House a pagar: a) la suma de US$ 1.289.537,48 que incluye intereses desde el 1° de enero de 2001 hasta el 10 de enero de 2003 a razón del 6% de interés anual y desde el 11 de enero de 2003 hasta el 31 de enero de 2007 a razón de un 12% anual, b) un 1% de interés mensual sobre la cantidad indicada en la letra a) pre-

cedente hasta la fecha del pago efectivo; c) los honorarios de los abogados fijados en el 10% del monto de la condena; d) las costas, incluidos los honorarios de los árbitro y; e) un 1% de interés mensuales sobre las sumas indicadas en las letras c) y d) precedentes.

Indica que respecto de las señaladas sumas se vulnera nuestra legislación y violan normas de procedimiento arbitral fijados por el propio Tribunal arbitral. El primer punto fue planteado, expresa, en la aclaración a la sentencia y se refiere al anatocismo que se produce al aplicar el interés del 1% de la letra b) sobre la cantidad de la letra a) que contiene intereses desde el 1° de enero de 2001 hasta el 31 de enero de 2007, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 18.010, que establece normas sobre operaciones de dinero que indica, que prohíbe expresamente la aplicación de intereses sobre intereses.

Adicionalmente las cifras a las que fue condenado su representado vulneran también el artículo 19 de la citada ley, que dispone la aplicación de interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran a interés legal o máximo bancario.

También se vulnera el artículo 8 de la ley 18010, pues producto de los cálculos se excedería la tasa de interés máximo para operaciones reajustables que es de 5,73% según informa la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para abril de 2008.

Finalmente dice que hay violación a las normas del derecho, cuando se fijan intereses por la mora desde el 1° de enero de 2001 aduciendo que es el año que se efectuaron las importaciones, lo que es ilegal a la luz de lo dispuesto en el artículo 16 de la citada ley que prescribe que los intereses se devengan desde la fecha del retardo.

Asevera que otro argumento para rechazar la solicitud de exequátur es que tanto conforme al artículo 245 del Código de Procedimiento Civil cuanto del artículo 36 de la Ley 19. 971, es requisito que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

Sin embargo el Laudo no lo está por cuanto se encuentra pendiente el recurso de apelación deducido para que se declare nula la cláusula compromisoria y en consecuencia como inválido el procedimiento arbitral.
Sostiene que el certificado acompañado por la solicitante no constituye una certificación de que la sentencia se encuentra ejecutoriada.
Refiere que la propia Ley N° 9307 sobre arbitraje del Brasil señala en su numeral 32°: "Es nula la sentencia arbitral si: N° 1: fuere nulo el compromiso. N° 2 emanó de quien no podía ser árbitro."
Añade que se pretende convencer que su parte ejerció válidamente todos sus derechos durante el procedimiento, lo que no es cierto. Ello por cuanto el asunto no se siguió ante un tribunal acordado por las partes, pues éste fue impuesto por una entidad privada a la que ilegítimamente un Tribunal ordinario brasileño le concedió prerrogativas y su validez se encuentra cuestionada en un recurso de apelación pendiente, en segundo lugar porque no hubo debido proceso, pues más allá de estar representados por abogados brasileños el juicio fue llevado en idioma portugués, acompañando documentos sin estar traducidos oficialmente, se les negó el derecho a pruebas específicas, como las periciales e inspecciones oculares requeridas por su parte. Por lo que estima se vulneró la garantía constitucional consagrada en el inciso quinto del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política, que exige que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.
Agrega que otra causal que debe llevar a rechazar la solicitud de exequátur, se funda en el hecho de que Garden House fue condenada en costas en circunstancias que no se solicitó por el actor, lo que constituye ultra petita y no haber sido totalmente vencida pues se acogió en parte lo pedido y de acuerdo a la ley 9307 en el caso que la parte no resulte totalmente vencida no se le condenará en costas.

Tampoco la obligación es líquida y en consecuencia, de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil, ésta no puede ser requerida, siendo posible oponer la excepción que corresponda..

La señora Fiscal judicial, informando a fojas 109, señala que la solicitud relativa al otorgamiento de la autorización para cumplir en Chile una sentencia arbitral en materia comercial expedida en el extranjero debe ser resuelta dentro del marco legal que señalan los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como normas generales y las contenidas en la ley 19.971; en esta Ley se contienen normas semejantes a las establecidas en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas de 1958, conocida como Convención de Nueva York y en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional de 1975, conocida como Convención de Panamá.

Indica que un laudo arbitral en materia de comercio internacional expedido en el extranjero, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, debe ser reconocido como vinculante por la norma imperativa contenida en el artículo 35 de la ley 19.971 y su ejecución debe ajustarse a lo que dispone el artículo 36 de la misma, disposiciones que por su calidad de especiales priman por sobre las contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que reglan en forma general el cumplimiento de las resoluciones judiciales extranjeras.

Señala que el peticionario ha acompañado una copia debidamente autentificada, traducida y legalizada del laudo que se pretende hacer cumplir con las resoluciones que resuelven las aclaraciones presentadas por las partes; igualmente se acompañó copia del contrato de prestación de servicios, con lo que ha cumplido con las exigencias contenidas en el artículo 35 párrafo segundo de la Ley N° 19.971.

Continúa la señora fiscal señalando, que la finalidad del procedimiento de exequátur de acuerdo con el principio de la regularidad internacional de los fallos, es verificar el cum-

plimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo resuelto tanto en los hechos como en el derecho, dichos requisitos dicen relación con salvaguardar el orden público del país que acepta su cumplimiento, verificar el emplazamiento de la parte en contra de quien se hacen valer y la observancia de las reglas de competencia y que los fallos revistan el carácter de definitivos, es decir, que no sean susceptibles de ser modificados.
Indica que las argumentaciones promovidas por la demandada para oponerse al cumplimiento del laudo deben ser examinadas de acuerdo con lo que dispone el artículo 36 párrafo l) letra a) del la Ley 19.971, que exige que el oponente pruebe ante el Tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o ejecución, que su oposición se funda en alguna de las circunstancias que se enumeran allí.

1. Infracción a las leyes de la República y el orden público nacional, por que se ha entregado a un ente privado la designación de él o los árbitros contraviniendo los artículos 232 del Código Orgánico de Tribunales y 11 N° 3 letra a) de la ley 19.971.
Sostiene que la cláusula de arbitraje se encuentra convenida dentro del contrato de 17 de junio 1999 celebrado en Chile y de su texto se desprende que reúne los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19.971; pero en ella las partes no designaron la o las personas que debían desempeñar el arbitraje, sino que pactaron someterse a los "organismos brasileños en capital Sao Pablo"; de este modo, indica, las partes han pactado también someterse a una legislación, tribunales y organismos extranjeros, pacto que es lícito según señala el artículo 113 inciso segundo del Código de Comercio que faculta a las partes para convenir sustraerse de las disposiciones de las leyes de la República. La designa-

ción de las personas que debían desempeñarse como árbitros quedó de esta manera entregada a la legislación brasileña, la que procedió de acuerdo con su reglamentación legal a determinar que el arbitraje debía llevarse ante un tribunal compuesto por tres personas, procedimiento que se ajusta a los artículos 10 N° 2 y 11 N° 3 letra a) de la ley 19.971, toda vez que no existiendo acuerdo en el número de árbitros ni en las personas, correspondía que cada parte designara un árbitro y los dos así designados, nombraran al tercero; así lo resolvió el juez del 19 Juzgado Civil del Foro Central de la Circunscripción de Sao Pablo y así se constituyó el arbitraje como consta de la sentencia respectiva.

A juicio de la señora Fiscal la alegación de que el nombramiento de los árbitros emanó de un ente privado carece de todo fundamento, ya que emanó de las partes y de una decisión judicial y en cumplimiento de ella los contratantes designaron un árbitro cada uno y el tercero fue nombrado por los dos anteriores, todo conforme la ley brasileña concordante con la chilena.

Por lo demás, continua la señora Fiscal, la Sociedad Garden House concurrió a la formación del Tribunal arbitral designando al abogado señor Eduardo Damiao Goncalve, compareció ante el Tribunal Arbitral debidamente representada por sus abogados, presentó la contestación de la demanda y dedujo demanda reconvencional, todos actos propios cuyos efectos no puede discutir, y que debe llegar a la conclusión de que la designación y competencia del tribunal arbitral ha sido aceptada por las partes.

En cuanto a la alegación de que la cláusula compromisoria sería nula porque se pactó un arbitraje de equidad y de derecho, rechazada por el Tribunal de Sao Pablo, podría dar margen a la excepción del artículo 446 (sic)N° 1 del Código de Procedimiento Civil, pero a juicio de la señora Fiscal judicial, las ambigüedades contenidas en una cláusula arbitral

contenida en un contrato no acarrea la nulidad sino que obligan a su interpretación de acuerdo con los artículos 1560 y siguientes del Código Civil ; de los artículos 234 y 235 del Código Orgánico de Tribunales se desprende que la omisión de las facultades que se confieren al árbitro en la cláusula arbitral no la invalida y que si las partes no expresan la calidad en que se nombra al árbitro , se entiende que lo es en calidad de arbitro de derecho.

Afirma la señora Fiscal que el acuerdo de arbitraje cumple con todos los requisitos que señalan los artículos 1° , 2° y 7 de la ley 19.971 para ser considerado un arbitraje comercial internacional, de lo que deduce que la cláusula de arbitraje es válida de acuerdo con la ley de Brasil y Chile, por lo que no concurre la circunstancia que señala el artículo 36 N ° 1 letra a) párrafo l) de la ley 19.971 que señala como causal de oposición la circunstancia que el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido que en este caso es la de Brasil.

2.- Infracción a las leyes de la República en relación al pago de los intereses.

Se sostiene por la demandada que se dispuso el pago de intereses sobre intereses, lo que vulneraría la norma del artículo 9 de la ley 18.010 que según la oponente prohíbe expresamente la aplicación de intereses sobre intereses.

Estima la señora fiscal que el anatocismo se encontraba prohibido solamente respecto del contrato de mutuo como lo disponía el artículo 2210 del Código Civil , hoy derogado por el artículo 25 del D.L. N° 455 de 1974; y el artículo 9 de la ley 18.010, por el contrario, faculta expresamente para que pueda estipularse el pago de intereses sobre intereses capitalizándolos en cada vencimiento o renovación; la sentencia dispone la capitalización de los intereses y el pago de los mismos dentro de las fechas ya señaladas de acuerdo con lo

que dispone el artículo 394 del Código Civil de Brasil, como lo señala en los N° 16 y 23 de la sentencia aclaratoria de 2 de febrero de 2007; el laudo, por tanto ha sido dictado de conformidad con la legislación a la que voluntariamente se sometieron las partes al constituir el compromiso, no resultando por lo mismo aplicable la ley nacional. En todo caso, señala, no existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna norma de orden público que prohíba el pacto o cobro de intereses sobre intereses. De lo que se sigue que el laudo que impone tal pago no resulta contrario a las leyes de la República ni al orden público nacional, de modo que no concurren las circunstancias del artículo 245 N° 1 del Código de Procedimiento Civil ni del artículo 36 N° 1 , letra b) de la Ley 19.971.

3.- Enseguida y en relación con la falta de cumplimiento del requisito del N° 4 del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, porque el laudo no se encontraría ejecutoriado en conformidad con las leyes del país en que fue dictado, sostiene la Fiscal Judicial que también debe ser desestimada, por cuanto se sostiene que la resolución que no se encuentra ejecutoriada no es el laudo pronunciado por los árbitros, sino la sentencia judicial que rechazó la pretensión de Garden House deducida ante el Tribunal ordinario Civil para que se declarara la nulidad de la cláusula compromisoria. La sentencia arbitral misma no ha sido objeto de recursos y por ende se encuentra ejecutoriada.
En lo que dice relación con la nulidad del laudo, el artículo 36 N° 1 letra a) párrafo v) de la Ley 19.971 establece que se puede denegar su reconocimiento cuando no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un Tribunal del país en que, o que conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; por ello el laudo materia de esta gestión resulta ejecutable mientras no se acredite que fue decla-

rado nulo por un Tribunal de Brasil, lo que no ha acontecido; la mera posibilidad de que ello suceda no permite acoger la oposición.

4.- En cuanto a la falta de cumplimiento del requisito del artículo 245 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, se solicita el rechazo del exequátur porque Garden House estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa y fue condenada a pagar una suma de dinero, vulnerándose los principios fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa. Se señala que la litis fue llevada en idioma portugués, se acompañaron documentos sin traducción oficial y que le fueron negadas pruebas específicas como informes periciales e inspecciones oculares; que no pudo aportar pruebas pertinentes pues se exigió su traducción al portugués.

Asevera la señora Fiscal que la circunstancia que el juicio se tramitara en el idioma del país del Tribunal Arbitral al que los contratantes voluntariamente sometieron sus dificultades, no es un motivo racional para estimar que alguna de las partes haya estado impedida de hacer valer sus medios de defensa; tampoco lo es que se le hubieren rechazado alguno de los medios de prueba solicitados porque ello es una materia que dice relación con el fondo del juicio, que escapa la finalidad del procedimiento de exequátur y que, de acuerdo a los hechos que se aleguen , puedan constituir alguna excepción a la ejecución del laudo, caso en la que se podrán promover y acreditar dentro de la ejecución correspondiente.

De la misma sentencia se desprende que Garden House fue legalmente emplazada, que contestó la demanda, dedujo reconvención y que fue debidamente representada y defendida por letrados, de modo que no puede concluirse la falta de debido proceso.

De otra parte, expresa, no cabe someter a la legislación procesal extranjera la norma constitucional del artículo 19 N° 3 inciso quinto de nuestra Carta Fundamental, tanto porque ésta rige solamente dentro de nuestro territorio como porque considerar que un procedimiento de otro país no reúne las condiciones de justicia y racionalidad o no contempla los principios del debido proceso, importaría una indebida intromisión a su soberanía.

5.- Infracción a las normas de procedimiento chilenas relativas al pago de las costas y que la deuda no es líquida. Asevera que el N° 1 del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, excluye del examen de la concordancia de la sentencia extranjera con la legislación nacional a las leyes de procedimiento a que haya debido someterse en Chile la substanciación del juicio, razón por la cual esta alegación debe desestimarse.

Se desprende de las bases del arbitraje fijadas por el Juez del 19 Juzgado Civil del foro Central de la Circunscripción de Sao Pablo, en su sentencia respecto del pago de las costas, que se facultó a los árbitros para resolver esta materia; de acuerdo a lo expresado en la sentencia sobre solicitudes de aclaración de 2 de febrero de 2007 en el punto correspondiente a la letra f de la solicitud de Garden House, se señala que la sentencia judicial que ordenó el arbitraje determinó que en el evento que ambas partes resultaran perdedoras, como ha acontecido, los árbitros decidirán de acuerdo con su propio criterio; de modo que éstos se encontraban facultados para resolver sobre las costas en la forma que lo hicieron.

La alegación de que las sumas que se ordenan pagar por el laudo no son líquidas carece de fundamento real, pues se trata de obligaciones perfectamente líquidas o liquidables mediante simples operaciones, toda vez que su objeto se

encuentra claramente determinado en cuanto a su género y cantidad de acuerdo con los datos que señala el fallo, de acuerdo al artículo 438 del Código de Procedimiento Civil . Además la falta de liquidez puede dar pie a la excepción del artículo 464 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no se trata de un punto susceptible de ser resuelto en este procedimiento.
En consecuencia la Fiscalía Judicial es de parecer que se conceda el exequátur para que se cumpla en la sentencia arbitral de 15 de enero de 2007 y sus aclaraciones de 2 y 27 de febrero del mismo año a que se refiere la solicitud de fojas 6.
Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:
PRIMERO: Que los señores Pedro Pablo Gutiérrez Philippi y Cristóbal Jimeno Chadwick han solicitado a esta Corte Suprema conceda exequátur para que se pueda cumplir en Chile la sentencia arbitral extranjera que se encuentra ejecutoriada de fecha 15 de enero de 2007, pronunciada por el Tribunal designado conforme las normas de la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo y que condena a Laboratorios Garden House S.A representada por don Marcelo Rodrigo Navarro Pérez, chileno, empresario y/o por don Eduardo Sanhueza Gómez, al pago de las prestaciones que se señalaron en lo expositivo de este fallo.
SEGUNDO: Que contestando la solicitud de exequátur, don Jorge Mauricio Navarro Pérez, en su calidad de gerente general y en representación, según se acreditará de la sociedad Asesorías Farmacéuticas S.A., antes Laboratorios Garden House S.A. se opuso al mismo, de modo que se ha producido controversia acerca del cumplimiento en Chile de la sentencia dictada por un Tribunal extranjero.
TERCERO: Que antes de entrar al fondo de la cuestión sub lite, considera esta Corte necesario analizar los principios

doctrinarios que gobiernan el exequátur, que materialmente consiste en nuestro país, en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente.

CUARTO: Que la presente solicitud debe ser resuelta a la luz de lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y especialmente atento lo estatuido en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas que establecen tanto la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas de 1958 cuanto la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.
El artículo 35 de la ley 19.971 intitulado Reconocimiento y e jecución señala en el numeral 1) que "Un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36."
QUINTO: Que, cabe precisar, tal como lo sostiene la señora Fiscal Judicial, que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver dentro de él materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan consti-

tuir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y ante el Tribunal que conoce de ella. En definitiva corresponde a esta Corte, a la luz de los antecedentes allegados a estos autos, examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 19.971, y 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, puesto que el demandado alega que no se reúnen las condiciones copulativas que la ley establece.

SEXTO: Que el oponente sostiene que el nombramiento de los árbitros emanó de un ente privado, alegación que carece de todo fundamento, en razón de que emanó de una orden de un Tribunal Civil, 19° Juzgado Civil del Foro central de la circunscripción de Sao Paulo y de las partes, quienes como se ha dicho designaron a un árbitro cada una de ellas y el tercero fue nombrado por los dos anteriores, lo que se encuentra en perfecta concordancia con lo establecido en el artículo 11 N° 3 de la ley 19.971, fundamento suficiente para desestimar la alegación del demandado.

Enseguida y en relación a la falta de validez de la cláusula compromisoria por su ambigüedad, falta de completitud e imprecisión, cabe señalar que dichos argumentos fueron desestimados por el citado Juzgado, sin que exista una sentencia ejecutoriada que declare la nulidad de la misma, argumento bastante para desestimar dicha alegación.

SEPTIMO: Que como se señaló en lo expositivo de este fallo, el demandado alega que se han infringido las leyes de la República, artículo 9 de la Ley 18.010, en lo relativo al pago de intereses, por cuanto a su juicio ha existido anatocismo lo que se encuentra prohibido por las legislación nacional y la falta de liquidez de la deuda. Dichas alegaciones, constituyen una alegación de fondo, que escapan del control del exequátur, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo.

OCTAVO: Que en cuanto a que el laudo cuyo cumplimiento se solicita no se encontraría ejecutoriado, resulta útil consignar que la falta de ejecutoriedad resulta contrario a lo que se certificó en los antecedentes que rolan en autos, esto es, que "esta cámara tramitó el procedimiento arbitral N° CMA 051, en que fueron partes la empresa Gold Nutrition Industria e Comercio Ltda. y la empresa Laboratorios Garden House S.A, cuya sentencia definitiva sobre apelación para solicitar aclaración del laudo arbitral, se dictó el 27 de febrero de 2007, y de la cual se notificó personalmente a las partes el 1 de marzo de 2007 y el 6 de marzo de 2007, respectivamente. No hubo presentación de nueva solicitud de aclaraciones, de tal forma que certificamos que no existe procedimiento alguno, relacionado con la citada CMA, en trámite ante esta Cámara, por lo que queda totalmente agotada la competencia del tribunal arbitral en relación al tema. Certificamos, asimismo, que en conformidad con el artículo 33, párrafo 1° de la Ley Federal N° 9307/96, el plazo para entablar acción de nulidad es de hasta 90 días a contar del recibo de la notificación de la sentencia arbitral o su enmienda. El citado plazo finalizó el 4 de junio de 2007. Sao Paulo, 25 de octubre de 2007". A ello cabe agregar, tal como lo expuso el oponente, que lo que no se encuentra ejecutoriado es la sentencia que rechazó la pretensión de Garden House en orden a que se declarara la nulidad de la cláusula compromisoria, materia distinta a la discutida en el procedimiento arbitral.

En relación a la falta de debido proceso que esgrime la demanda, aparece de las copias debidamente traducidas y legalizadas que el demandado fue personalmente notificado de la acción, contestó la demanda, dedujo reconvención y opuso excepciones, fue patrocinado por un estudio jurídico y notificado de la sentencia, respecto de la cual no se alzó, circunstancias que desmienten la afirmación que no tuvo posibilidad de defenderse.

NOVENO: Que en cuanto a la defensa del demandado relativa a que el actor nunca solicitó el pago de las costas por lo que a su juicio existiría ultra petita, basta para desestimar dicho argumento la circunstancia de que las bases de arbitraje fijadas por el Juez del 19 Juzgado Civil de Foro Central de la Circunscripción de Sao Paulo, en su sentencia facultó a los árbitros para resolver esta materia. Así se lee de la traducción oficial, legalizada de la sentencia de dicho Tribunal "Costas, Gastos, Honorarios y Condena en Costas. 1.- La Parte que pierda el juicio reembolsará a la parte vencedora todos los gastos que fijaren los árbitros, salvo que ambas partes resulten perdedoras, situación en la que los árbitros decidirán de acuerdo con su sano criterio". Dicha cláusula fue reproducida en el acta de constitución del arbitraje.

DECIMO: Que encontrándose ejecutoriada la sentencia y habiéndose dado cumplimiento a cada uno de los requisitos de la ley 19.971 en relación al artículo 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se aceptará la eficacia del fallo cuya autorización para su cumplimiento se solicita, lo que se dispondrá accediendo a la petición de exequátur. De conformidad a lo expuesto, disposiciones citadas y lo dispuesto en los artículos 248 y 251 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que:

Se hace lugar al exequátur solicitado en lo principal de fojas 6 y, en consecuencia, se declara que procede dar cumplimiento en Chile a la sentencia pronunciada por el Tribunal Arbitral que condena a Laboratorios Garden House S.A, representada por don Marcelo Rodrigo Navarro Pérez y/o por don Eduardo Sanhueza Gómez al pago de las prestaciones que en dicho fallo se indica y sus aclaraciones siguientes.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Ricardo Peralta.

Rol N° 6615-07.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Milton Juica A., Sra. Margarita Herreros M. y Sr. Juan Araya E. y Abogados Integrantes Sres. Oscar Herrera V. y Ricardo Peralta V.
No firman los Abogados Integrantes Sres. Herrera y Peralta, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes.

Autorizado por la Secretaria Subrogante Sra. Carola A. Herrera Brummer.